Law Reform Commission of Canada

Working Paper 16

criminal responsibility for group action

1976

© Crown Copyrights reserved
Available by mail from Information Canada, Ottawa, K1A 0S9
and at the following Information Canada bookshops:

HALIFAX
1683 Barrington Street

MONTREAL
640 St. Catherine Street West

OTTAWA
171 Slater Street

TORONTO
221 Yonge Street

WINNIPEG
393 Portage Avenue

VANCOUVER
800 Granville Street

or through your bookseller

Price: Canada: 2.00
Other Countries: 2.40

Catalogue No. J32-1/16-1975

Price subject to change without notice

Information Canada
Ottawa, 1976

Notice

This *Working Paper* presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman
Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman
Dr. J. W. Mohr, Commissioner
Dr. Gérard V. La Forest, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Phil., LL.B.

Consultant

Alan D. Reid, B.A., B.C.L., LL.M.

Commission Staff

Jerome Atrens, B.A., B.C.L.
Douglas Betts, B.A.
Tanner Elton, B.A., LL.B., LL.M.
Patrick J. Fitzgerald, M.A.
Brian Hogan, LL.B.
Keith B. Jobson, B.A., B.Ed., LL.B., LL.M., J.S.D.
Mark Krasnick, B.A., LL.B.
Carol Tennenhouse, B.A.
P. Louis Waller, LL.B., B.C.L.

Table of Contents

	PAGE
Foreword	ix
Introduction	1
Criminal Responsibility for Corporate Action —The Existing Law	5
Individual Responsibility	6
Corporate Responsibility	7
The Scope of the Inquiry	8
Real Crimes and Regulatory Offences	11
Individual and Corporate Criminal Responsibility —The Fault Element	15
Individual Responsibility	15
Corporate Responsibility	19
Corporate Fault and Due Diligence	23
Interrelationship Between Individual and Corporate Responsibility	29
A Case for Corporate Responsibility	29
Maintaining a Balance	33
Sanctioning the Corporate Offender	37
Observations on the Present System	37

PAGE

Sanctioning Objectives 40
Implications of the Group Process 42
(a) Considerations of Fairness 42
(b) Considerations of Effectiveness 44
Corporations and Economic Power 46
(a) Redressing Injuries 46
(b) The Corporation in the Economic Matrix 47
Negotiated Sanctions 49

Group Criminal Responsibility in a Wider Context 53

Criminal Responsibility for Corporate Action
—A Limited Role 57

Summary of Main Conclusions 65

Foreword

This is our third Working Paper on General Principles of Criminal Law. The first, *The Meaning of Guilt*, asked what state of mind should be required for criminal guilt. The second, *The Limits of Criminal Law*, asked what the scope of the criminal law should be. This Paper further explores these questions and moves into a new area, group conduct. It accepts as a premise what is recognized in much of contemporary literature in the fields of sociology, economics and political science, that there is a risk of conflict between the specialized interests of groups, the more general interests of the society they function in and the individual interests of people in that society. This Paper examines the place of criminal law, in the conflict of these interests, focussing on the responsibility of groups or what has traditionally been called the criminal liability of corporations.

Selecting the criminal law as a perspective from which to take a look at group conduct was to some extent an arbitrary decision. We might as easily, or more easily, have looked at the problem as one of administrative regulation or civil responsibility. As we point out in the Paper, the challenge of legal control over group process is one of melding a variety of approaches into a body of law that will encourage responsible decision-making. Our emphasis on restraint in the use of criminal law leads inevitably to the need for increased emphasis on non-criminal ways of accomplishing this goal.

We chose our perspective principally because it allowed us to probe further into the nature and scope of criminal law. *The*

Meaning of Guilt restricted itself to human offenders, expressly avoiding the reality that many of our strict liability laws are aimed more at corporations than at people. Our Working Papers on sentencing and dispositions concentrated on the use of criminal sanctions against people, despite the fact that the present criminal law authorizes sanctions to be imposed on corporations. So we felt obliged to examine the role criminal law should play in group control and what problems arise in using an instrument like criminal law in pursuit of this objective. We chose the corporation as the point of focus for the Paper, although the discussion is not restricted to the narrow issue of corporate responsibility.

The Paper adopts a largely theoretical approach. Once again we deplore the limited useful empirical data on corporate criminal activities. What insight we have that is empirically based is gained from consultations with government administrators, Crown prosecutors, police investigators, members of the Bar, and interest groups concerned with these questions. Two background papers were prepared for use in this project, "The Criminal Liability of Corporations and Other Groups", by Leonard H. Leigh, and "Vicarious Liability for Crime", by Brian Hogan. Valuable advice was also provided by Philip Anisman, Director of Corporate Research, Department of Consumer and Corporate Affairs.

We recognize that this Working Paper is only a starting point for what must become a continuing discussion about ways of dealing with corporations and other groups in society so that group decision-making is responsive to public interest considerations. We invite our readers to reflect upon the issues raised and to share their opinions, ideas and suggestions with the Commission.

Introduction

Over the past thirty years since the end of the Second World War, corporations have occupied an increasingly dominant position in our society. The level of achievement reached in production and marketing has been accomplished largely through corporations, which have come to be regarded as the core of the economic system. When we think about it, most of our day-to-day experience is affected in one way or another by the activities of corporations. We purchase our consumable articles from them; we live in houses built by them; we breath air and drink water that has been contaminated by them; much of our entertainment is produced by them; and large numbers of our population either work for or hold shares in a corporation. Corporations, whether industrial concerns, merchandising organizations, banks or insurance companies, make decisions that influence growth in society, the products that will be available, the manner in which people will be employed, the accommodation they will reside in, the way wealth will be distributed and the quality of the environment.

In a sense, however, it is misleading to talk about corporations holding this kind of control. It is important to recognize that corporations involve people, and that, from a legal standpoint, the corporation is primarily relevant because it represents a mode of organization in which *people* can make decisions that have this impact on society. The legal personality that attaches to a corporation, for example, allows those who form it to deal with outsiders under a collective identity, and to exercise collectively many of the powers and capacities of a natural person—for

example, to own property, to enter into contracts and to sue and be sued. The limited civil liability we associate with corporations has allowed people to invest in them without risking unlimited financial responsibility for their failures. This has been important in providing corporations with broad bases of investment and thus in encouraging their growth.

As a mode of organization, the corporation has proven to be flexible. Its use extends to a wide range of objectives—to businesses, large and small, to charitable organizations, to recreational clubs, to financial institutions and many others. Corporations run the gamut from small corner store businesses, which may have been incorporated for tax reasons, to large multi-national firms, designed to take advantage of favourable labour, consumer, financial and tax situations in different countries. Quite naturally the organizational structure varies from corporation to corporation, depending on its purposes and on the extent and nature of its activities. Some corporations are "widely held", signifying that ownership is spread and that shares in the corporation can be purchased by members of the public. Others are "closely held", indicating that ownership is concentrated within a small number of investors and closed to members of the general public. Systems of management vary as well, some exhibiting much more centralization of authority than others.

While it is important to recognize the importance of the corporation as an organizational mode, it is in a different sense that we view corporations when we talk about the degree of influence they have in society. Our concern springs not so much from the fact that people use a particular legal form for advancing their goals as from the fact that corporations normally involve group processes, some simple and some highly complex. Not only are there shareholders, who in a legal view would be regarded as the corporation; there are those who provide direction to the corporation through the occupation of key positions, whether as directors or as management personnel. The corporation also encompasses its employees, whose technical abilities are used to implement its policies. Most corporations, therefore, function through the cumulative efforts of many individuals performing diverse roles.

Our interest in corporations, then, reflects a more general concern about the impact groups have on society, and how group processes provide a vehicle through which power can be exercised anonymously, often without feeling or responsibility. We are concerned about what happens to people in groups, and how group and sub-group pressures to conform to behavioural patterns may lower the sense of responsibility people feel for their contribution to socially harmful results caused by the group. We are concerned about the problems involved in determining how group decisions are reached and who contributes to them. Above all we are concerned that values and interests can be asserted through powerful groups to the detriment of values and interests held by less powerful groups and individuals.

While the goals of many of our corporations—profit and growth—spur important advances in the technologies of production and marketing benefiting the Canadian consumer, decisions made in the course of this development have detrimental influences as well. In some cases these are felt by society generally, for example resource depletion and environmental pollution; in others they are felt by individuals—for example, injuries caused by faulty production or marketing standards. The fact that many corporations come into contact with large numbers of people increases the risk of detriment flowing from corporate action. An automobile manufacturer who does not adopt specified safety standards can cause irreparable harm. So can an industrial factory on a major waterway.

As a society we face the difficult problem of coping with the detrimental effects of corporate activities. We face the problem of compensating people for injuries they suffer because of particular corporate activities; of stopping certain activities because to tolerate them may create a risk of injury to many people or may cause more general losses to society; and of creating a climate of respect within our corporations for the interests of those outside the corporate process.

There is, therefore, and this is a position that has become increasingly recognized over the years, a need for exerting controls over corporate processes and for developing policies that will keep the interests of corporations in line with public interest considera-

tions. This involves providing a legal framework within which policies can be implemented. We do not propose in this Working Paper to examine substantive policy questions that affect corporate control, for example the circumstances under which corporations should be restricted from merging and creating monopolies, or the extent to which they should be permitted to pollute in the course of production. We shall, however, attempt to analyse the role of a traditional legal control, the criminal law, in implementing substantive policy choices to cope with these questions. In doing so, we hope to achieve a broader purpose than merely to make recommendations for imposing criminal responsibility on corporations and the people who operate within them; we hope to give some insight into the difficulties of applying concepts of criminal responsibility to group situations generally, and into the limits of criminal law as a means of creating a high level of responsibility within corporations and other group processes.

We shall first look briefly at the present law affecting criminal responsibility for corporate action, after which we shall discuss some of the broad policy questions involved in using criminal law to deal with corporate behaviour.

Criminal Responsibility for Corporate Action—The Existing Law

Corporate activities have increasingly been drawn within the ambit of the criminal law. Because of a high level of regulation of the activities they carry on, corporations are affected by a maze of criminal offences that limit their freedom to operate. These include provisions restricting their ability to obtain capital, governing forms of production, controlling plant operations, ensuring the safety of their products, restricting their ability to advertise their products, and limiting their freedom to pool their resources and to combine operations.

While most of these provisions are found outside the Criminal Code, the traditional criminal law is also relevant to corporations. We have come to see how fraud and theft can be committed within the corporate framework and can affect consumers, governments and other corporations and bodies. Even offences usually associated with personal conduct, those dealing with violence, property interference, corruption and intimidation, can be relevant in the corporate context. Corruption, intimidation and violence reported to exist in certain sectors of the construction industry, for example, illustrate how traditional crime can occur in struggles between corporations and labour unions, leading to wasted resources, high costs, low construction standards and general social disruption. While the crimes that can be associated with corporations seem to be more limited in range than those that can be associated with natural persons, the Criminal Code does provide standards by which corporate conduct can be measured.

It is important, then, to see how the criminal law presently allocates responsibility for criminal activities occurring in the course of corporate operations. A brief overview will show that it provides a basis for dealing with individuals within the corporation, and with the corporation itself.

Individual Responsibility

Individuals are made responsible for corporate action through two related approaches. First, through doctrines that impose liability on those who commit criminal acts and on those who aid or abet, counsel or conspire to commit them. It is on the basis of these doctrines that traditional criminal charges involving fraud, theft, violence and intimidation can be brought against individuals participating in criminal conduct through corporations.

Individual responsibility is also imposed through statutory provisions that specify that corporate officers, directors and agents will be liable for offences committed by corporations. These provisions are often associated with statutory offences framed in terms that, in the context of the activities of a corporation, make them more applicable to the corporation than to an individual; for example, where statutory language uses terms such as "no *manufacturer* shall", "no *dealer* shall", or "no *importer* shall", suggesting the primary responsibility of the corporation rather than its agents and employees. These special provisions vary somewhat from statute to statute. Some clearly contemplate the need for proof of fault; some start from a position of presumed guilt, reversing the onus of proof by requiring the accused to prove he was not at fault or that he exercised due diligence; others can be construed to eliminate fault altogether in some situations. For the most part they depend upon proof of corporate criminality, although the actual conviction of the corporation is not usually necessary. Although most of these provisions are rarely used, they do express the potential responsibility of individuals participating in corporate criminal activities.

Corporate Responsibility

Historically, corporations were not regarded as suitable subjects for the criminal law. There were several reasons for this. Since corporations could not think or act for themselves, they were thought incapable of being held criminally responsible. Nor were the courts prepared simply to attribute responsibility to corporations, since criminal law theory did not look favourably upon imposing liability on someone for the acts of another. Another reason can be found in the view that a corporation would exceed its capacity to act in committing a crime. Difficulties were also perceived in the adaptation of criminal procedures to corporate defendants.

Over the last century and the early part of the present century, however, attitudes gradually changed. Courts first recognized that corporations should be held liable for crimes of omission where Parliament had imposed a duty on the corporation that was not performed. Other exceptions were created to impose criminal responsibility for nuisance, criminal negligence, criminal libel and contempt of court. Courts also began to accept that corporate employers, like human employers, should be held accountable for certain acts of their employees.

By 1941, it had become clear that a corporation could also be held criminally responsible as a "person" for crimes involving active wrongdoing. This development is not surprising, however, since Parliament had identified a corporation as a "person" for the purposes of the Criminal Code as early as 1906, without giving any indication that liability was to be restricted to a particular class of criminal offence.

There are, then, in the present law, two bases for holding corporations liable. One has its roots in the doctrine of vicarious responsibility—responsibility imposed on a corporation for the acts of its agents and employees. Parliament has enacted many provisions that express this kind of liability. Usually it is associated with "regulatory offences", "penal provisions", "public welfare offences" or "quasi-criminal offences", terms used interchangeably by lawyers, judges and administrators to set certain offences

apart from those that are viewed as more traditional crimes. And strict liability, the elimination of fault, is normally a companion of vicarious liability.

The other basis for holding corporations liable requires that the corporation itself be regarded as the offender even though the conduct of someone within the corporation must be imputed to it. This is the usual basis for imposing responsibility for Criminal Code offences as well as criminal offences outside the Code requring proof of fault. Fault is attributed to the corporation through a person holding a position that gives him some control over corporate decision-making, allowing a court to identify the person with the corporation. A court will look for the traditional elements of fault in a corporate manager, for example, and attribute the mental processes of that individual to the corporation. Courts have become somewhat flexible in recognizing the capacity of different categories of management personnel to represent the corporation; one does not necessarily have to find culpability in the board of directors to convict a corporation. If control is left to the managing director, his culpability will normally be sufficient. If control is decentralized and is delegated to several management officials, it may be possible to impute the fault of one of them to the corporation.

The Scope of the Inquiry

This brief overview of the law provides us, then, with a starting point for examining how criminal law can be used as a way of dealing with activities that fit into complex socio-economic patterns. In the course of this examination we shall raise a number of questions. On what basis is it legitimate to impose responsibility on people who contribute to criminal harm through participation in corporate activities? How valid is a concept of corporate criminal responsibility for conduct that can be traced to individuals participating in corporate activities? What is the significance of "fault" in evaluating the collective criminal responsibility of a group? Each is a question that must be addressed in developing a theoretical basis for criminal responsibility in a corporate context.

Attention must also be paid to the problems of sanctioning in the corporate context, especially where it involves imposing group sanctions on corporate offenders. What are the implications of sanctioning in terms of the behaviour of people operating within the corporate framework and in terms of the community within which the corporation functions?

Finally, what can really be achieved by using criminal law as a response to conduct within corporate structures, especially large corporations that are highly organized and have a significant influence on the kind of society we have? Is criminal law capable of approaching problems of these dimensions? Can it be enforced? Can a system that traditionally has focused on the isolated acts of individuals be expected to provide a suitable response to the systematized conduct frequently seen in large organizations, where the activities of many form a pattern of conduct that leads to harm we would like to avert?

These questions we discuss in the remaining pages of this Working Paper.

Real Crimes and Regulatory Offences

A discussion of criminal responsibility cannot ignore the broad goals of the criminal law, and from time to time in this Working Paper we shall advert to purposes we regard as important to the use of criminal law in our society. In a previous Working Paper, *The Meaning of Guilt*, we drew a distinction between "real" crimes and regulatory offences to focus on the purposes of criminal law, resulting in a proposal for classifying criminal offences in these terms. Indeed, in our discussion under the previous heading we referred to a working distinction in our present criminal law between crimes and regulatory offences.

This is a distinction to which we shall pay particular attention in this Working Paper as well. For it bears on the importance of "fault" to criminal responsibility, on questions of proof, on sentencing and dispositions and, generally, on whether group liability is an appropriate way to impose criminal responsibility for corporate action.

"Real" crimes, we have suggested, should be primarily concerned with fundamental values in our society. By emphasizing and reinforcing values considered to be at the basis of our social system, "real" criminal law promotes a society in which they are respected and are demonstrated in behaviour. It responds to social conduct that exhibits disrespect for values and is inextricably bound up with the notion of "fault". Intentional conduct that injures people, deprives them of their property, restricts their freedom or subjects them to offensive interferences are examples of conduct that violates values regarded as so important to our society as to

warrant the designation "criminal" and the stigmatization that is associated with the use of the criminal justice system.

The kind of criminal law we classify as "regulatory offences" involves a somewhat different objective. It is not primarily concerned with values, but with results. While values necessarily underlie all legal prescriptions, the regulatory offence really gives expression to the view that it is expedient for the protection of society and for the orderly use and sharing of society's resources that people act in a prescribed manner in prescribed situations, or that people take prescribed standards of care to avoid risks of injury. The object is to induce compliance with rules for the overall benefit of society.

Because the primary concern in regulatory offences is not with reinforcing fundamental values, fault becomes less important. While in some cases it may be regarded as fair to impose responsibility only on those who intend to break a rule, it is generally regarded as acceptable to impose responsibility on people who have been negligent; i.e., on people who simply have failed to take reasonable care to ensure that a result or risk will not occur.

While it is for Parliament to decide which values are so fundamental as to warrant protection through the "real" criminal law, we have suggested that "real" crimes should be clearly identified by their inclusion in the Criminal Code. This may involve removing from the Code some of the offences that are presently within it and, conversely, of including within it certain offences that are presently found in other statutes. It may also involve establishing separate offences in the Code for intentional or reckless violation of regulatory offences, to satisfy a need to differentiate between negligent behaviour and behaviour exhibiting a more serious fault element. Selling bad meat might be an example of a regulatory offence that could also serve as the basis of a "real" criminal offence where evidence shows a higher degree of fault than negligence.

We realize that there is a difficulty in addressing ourselves in this paper to a nonexistent classification scheme, but we believe it is important to develop our analysis of criminal responsibility for group action within the framework we are suggesting for the Canadian Criminal Code of the future. In raising examples we shall attempt to use well-established crimes, such as theft and fraud, on

the assumption that these fall within the class of offences we call "real" crimes.

We must now examine how the two approaches, those of individual and corporate responsibility, apply to "real" crimes and regulatory offences committed through group action. We shall look first to developing a suitable basis for each approach, taking into account the traditional importance of the fault element in criminal law. From there we shall examine the interrelationship between the two approaches, with special emphasis on a question that is of paramount importance in this study—is there a role for corporate responsibility in our criminal law?

Individual and Corporate Criminal Responsibility–The Fault Element

Individual Responsibility

When we speak of individual responsibility we are referring to responsibility attaching to a person as a participant in group or corporate action. It is responsibility that takes into account a special relationship between the person and the corporation and applies to company presidents, directors, supervisors and employees who, in one way or another, have participated in conduct prohibited by a criminal provision. We have already pointed out that our present criminal law creates liability for people in these categories, although in our view it does not reflect either consistency in approach or the acceptance of fundamental underlying principles. It does not clearly answer the question—should fault always be an essential ingredient of responsibility?—or the question—what constitutes fault in these situations?

The view we took of the nature of criminal responsibility in *The Meaning of Guilt* is of considerable importance in approaching these questions. We have already accepted as a general principle that criminal responsibility should involve some degree of fault, whether intention or recklessness (which depends upon the offender's knowledge of the circumstances in which he is operating or of the risk his conduct raises) or negligence (his failure to conform to reasonable standards of conduct).

Since the subject of corporations was excluded from that study, however, we must now consider whether a special notion of "fault"

is needed to deal with individuals who participate in activities within a corporate or group framework. Should people functioning within corporations have higher standards of criminal responsibility than those functioning outside them? Should they have lower standards? In support of lower standards, one might argue the susceptibility of people to the influences of group pressures. People may be placed in difficult moral predicaments. Yet this is true of life generally, where family, community and economic pressures make it difficult at times to conform with social values. To create exemptions that would exculpate people from responsibility for moral choices would tend to undermine the importance of having broad standards by which to measure their conduct in relation to the fundamental values we seek to support through the criminal law.

Should they have a higher level of responsibility? Should there be liability through mere association with a group or through the mere occupation of a designated position within the corporation, such as director or president? Again we feel this goes too far. Suggestions of this sort can usually be traced to two considerations: first, the assumption that people in these positions control every aspect of the corporate operation, which often is untrue; and, second, the frustration of being unable to ascertain the exact significance of events leading to the harmful result, or, indeed, even to know what the events were. Yet to use mere association as the basis of criminal responsibility would ignore the fact that the conduct may not show the kind of disrespect for fundamental values that lies at the basis of our "real" criminal law; it would also ignore the fact that the simple imposition of criminal responsibility will not achieve regulatory aims where it does not reinforce realistic patterns of responsibility within the organizational structure of the corporation.

In our view, stipulating fault as a substantive requirement of criminal responsibility for individual participation in corporate action is an important condition of using criminal law to encourage responsible conduct within our corporations. While we accept that criminal responsibility should attach to individuals who actively participate in unlawful conduct in terms of doing the act, assisting in the act, authorizing the act to be done or establishing a policy that can only be effected by doing the act, it should only attach where

there is intention or recklessness or, in the case of regulatory offences, negligence.

In determining whether there was fault, the position of the individual within the corporation would be important. For example, the knowledge to which a person had access would clearly affect the issue whether he intended a particular result; while a company president negotiating a bid-rigging agreement would normally have the necessary knowledge and intention to ground criminal responsibility, subordinates assisting him in various capacities might not have a full appreciation of the nature of the activities and might not, accordingly, have the necessary intention. In the same way, the recklessness or negligence necessary to ground criminal responsibility would be highly dependent on the actual responsibilities the person had within the corporation and the extent of his control over the situation. For example, it may be that the criminal responsibility of the company president in Toronto would be viewed differently for corporate conduct occurring in a Vancouver branch than for similar conduct occurring in Toronto.

And while we also take the view that criminal responsibility should be imposed on individuals in certain cases where their participation is of a passive nature, again it is necessary to establish fault by testing the person's behaviour against his responsibilities within the corporation. To impose criminal responsibility for a "real" crime, we regard acquiescence as vital. It would be necessary to establish that the person knew of or was wilfully blind to the conduct in question and failed to take reasonable steps to exercise his authority to prevent it. Accordingly, the company president or director who overlooked criminal conduct by his fellow officials with knowledge of what was going on would be criminally responsible, if not for his intention then for his reckless disregard of the illegal activity.

To impose responsibility for passive participation in regulatory offences would require a person's failure to exercise his responsibilities in a reasonable way to prevent conduct contributing to the offence. Criminal responsibility for regulatory offences could therefore be imposed on a company president or director who simply did not exercise reasonable care to prevent harmful occurrences. Similarly, supervisors who failed to take reasonable steps to guard

against the commission of offences by employees under their supervision would show the necessary negligence to ground criminal responsibility for regulatory offences.

Proving fault, however, can sometimes present major problems, especially where fault involves knowledge and intention. It may be difficult ascertaining who within a corporation actually caused or contributed to the harm. Also, as we have already pointed out, it may be difficult establishing that those identified as participants had sufficient knowledge of the extent to which their efforts contributed to the criminal goal, or to the risk of harm, to prove intention or recklessness. These problems may be less true, of course, of smaller organizations than of larger ones where several agents and employees may have participated in criminal conduct without appreciating their role in its implementation.

With respect to policy makers, proof of criminal intent may in many cases have to be drawn by inference from a complex network of circumstances that may or may not be sufficient to establish guilt beyond a reasonable doubt. Where a case is built on the authorization of criminal acts by subordinates, there may be little direct evidence that the result was authorized. Where a case is built on acquiescence or inaction, it may be difficult to show knowledge of the activity.

A possible solution might be to shift the burden of proof to the accused in these cases. Where regulatory offences are concerned, little objection can be taken. As we pointed out in *The Meaning of Guilt*, many, if not most, regulatory offences presently involve guilt without proof of fault. We objected to this and recommended that an accused person be given the opportunity to establish his lack of negligence, his exercise of due diligence. This, of course, involves a shift in the burden of proof. Whether the fault element is intention or negligence, it is left to the accused to establish his lack of fault in respect of participation clearly attributable to him.

We do not accept this, however, as a way of handling "real" crimes related to corporate activities. Even though a reverse onus provision may be the most effective way of assuring that the court would have the necessary information to enable it to assess whether a person charged with effecting fraud or theft through corporate agencies was in fact at fault, we feel the price we would pay may be

too great. To require a person to rebut a charge that he committed a "real" crime flies in the face of a tradition in criminal law that espouses the right of the accused to maintain silence in court and conditions criminal liability on proof of guilt beyond a reasonable doubt.

We would also be faced with limiting the scope of the rule. To what classes of offender would it apply? To directors and officers, perhaps? And to what kinds of complicity? Authorization and acquiescence, or other forms of complicity? And, if restricted to certain kinds of complicity, what would be the effects on charging practices for corporate offences? We can foresee dangers in reversing the burden of proof for all forms of participation in crime associated with corporate activities; and we can foresee serious difficulties in trying to discriminate among the large number of potential situations in order to limit the application of the rule.

To the extent that information about personal activities within corporations is an obstacle to effective law enforcement, we would prefer to see solutions developed that stress more complete access to corporate information. Present restrictions on the right of search and seizure in the Criminal Code might be eased for corporations, to allow a more complete investigation of corporate affairs by investigators who suspect criminal conduct. Investigations are sometimes complicated by existing requirements that investigators know beforehand what they are searching for. While we would not endorse giving blanket authority to conduct investigations of corporate operations, we feel that greater freedom may be warranted upon evidence of reasonable suspicion of criminal activities. This may be regarded simply as a price people pay for the privilege of conducting their affairs as a corporation.

Corporate Responsibility

Corporate responsibility involves imposing criminal liability on a corporation for acts performed by individuals on its behalf. We are not, of course, interested in acts of individuals that are so remote from their duties with the corporation as to amount to the personal

conduct of those individuals. The salesman who assaults a customer during working hours would normally be regarded as acting in a personal capacity, not in his capacity of company employee. Yet many of his acts, for example overcharging a customer, may be related to his corporate duties, especially if the benefits flow into company coffers, not into his own pocket. At the same time, if a security guard employed by the same corporation assaults a customer while on duty the relationship between his conduct and his normal duties with the corporation may be a matter for careful consideration. The kind of offence committed is never a controlling factor.

The first step in imposing corporate responsibility, then, lies in attributing the "act" or conduct of the individual to the corporation. The incorporated group can only act through its members, agents or employees and in our opinion it is reasonable to take a broad view and to regard the conduct of any of these, in the course of their duties with the corporation and for the intended benefit of the corporation, to be conduct of the corporation.

But is this enough to justify imposing criminal responsibility on the corporation? Can we simply look to the conduct of the employees and impose responsibility on the corporation on that basis? What if the corporation responds that the employee's conduct was unauthorized, unknown to management officials and occurred despite efforts to prevent it? *It seems reasonable, in our view, that if criminal responsibility is to be placed on corporations, the harm resulting from the action or inaction on the part of people within the corporation should be related to the policies that are adopted by the corporation to achieve its objectives, the practices that may become accepted within the corporation, or the failure by corporate policy-makers to take steps to prevent its occurrence*. What this introduces, then, is the element of fault.

Fault, in criminal law, has many faces. Some crimes, for example, require only a general kind of intent, an intent to do the particular act described in a criminal provision. Other crimes require intent addressed to the purposes of one's conduct; others require special knowledge. There are also crimes that focus on reckless acts or omissions, which generally require advertance to the risks inherent in certain forms of behaviour. Finally, there are crimes

of negligence. How compatible is the notion of corporate fault with the varying fault elements found in our criminal provisions?

Our principal concern is with "real" crimes, where fault is expressed in concepts like knowledge and intention. Can group knowledge and group purpose be measured so as to satisfy the subjective levels of fault that underlie and find expression in so many criminal laws? Does it make any sense to be talking about corporate responsibility for offences that require subjective fault?

Inevitably, the fault element must be found in natural persons participating within the corporate system. Corporate responsibility must be regarded as a form of collective fault for which the corporation provides the symbolic focus. If this is so, corporate fault, at least on a theoretical level, seems to require that the people sharing policy-making functions share the desire to achieve a certain result, or share knowledge that a particular result is likely to flow from a course of action or from inaction.

Where a single person is responsible for establishing policy in an area, the task is relatively simple. We can look, as the present law does, to his knowledge and intention and conclude, reasonably, that these represent the "knowledge and intention" of the corporation. What we learn about the president of a corporation may, in many cases, tell us much about the corporation itself. But where several people have the responsibility to participate in policy-making it becomes more difficult to determine the precise knowledge of each, whether it was transmitted to others, and whether they agreed on the purposes reflected in the group decision. To talk of corporate responsibility for crimes of intention in these cases, then, often involves a fictional process. It may involve our presuming that the knowledge or intention of a single person is representative of all those involved in policy-making within the system. It may involve the corporation being held criminally responsible for knowledge and criminal intention held by one element of the decision-making process that does not represent criminal intention in other elements of the process.

If we are to have corporate responsibility for crimes involving knowledge and intention we see no alternative but to rely on fictions to give expression to the fault element. *Corporate responsibility would be imposed for acts and omissions of corporate agents and*

employees where it appeared that the acts or omissions were tied to policy choices made by someone to whom important decision-making functions had been delegated. Put in these terms, our view of corporate responsibility, at least for "real" crimes, would be broader than that accepted in the present law, which focuses more on the position of the offender within the corporation than on the relationship between his conduct and the goals of the corporate system.

Because of the difficulties involved in linking an employee's or agent's conduct to the knowledge and intention of those responsible for setting policy in various areas of a corporate operation, *we feel it may be necessary to reverse the burden of proof to place on the corporation the onus of satisfying the court that conduct alleged to constitute an offence was not supported by the knowledge or intention of appropriate corporate officials.* This would mean that if the court was satisfied beyond a reasonable doubt that the alleged acts took place, and the inference a reasonable person would draw is that the acts must have been known to management, the court could convict. It would fall to the corporation to raise the issue of actual knowledge, and to rebut the inference by calling witnesses to show that those responsible for policy in the area of activity in issue did not actually know what was going on and therefore did not intend the result.

While this would represent a departure from usual procedures in the criminal trial we do not regard it as unwarranted, given the fact that we are dealing with issues that involve information that may only be available to those within the organization. It merely attempts to achieve a workable compromise between principle and expediency in a difficult area. And while we were reluctant to make a similar suggestion earlier in the paper when considering the question of individual responsibility for "real" crimes, our reluctance was based on traditional views of individual liberty which, we feel, diminish somewhat when dealing with corporate defendants.

A procedural implication of a reverse onus provision would become apparent in joint trials of corporations and their officers and employees. The right of a corporation to select trial by jury would probably have to be curtailed so as not to prejudice the position of individual defendants who selected that mode of trial. This

would allow for the exclusion of the jury if individual defendants chose to testify solely on behalf of the corporation. Quite apart from this reason, it may be necessary to reconsider the desirability of jury trials for corporations. Juries are primarily important in safeguarding individual liberty. They have already been excluded from trials of corporations under the *Combines Investigation Act*, and the complexity of the corporate criminality issue may warrant shifting the question of guilt exclusively to the trial judge.

When we move away from offences that involve subjective elements like knowledge and intention, corporate fault becomes easier to formulate. In determining whether the policies and practices of a corporation involve negligence there is no need to inquire into the mental processes of corporate policy-makers; it is necessary simply to examine whether corporate conduct measures up to objective standards of care based on notions of reasonableness. To some extent, then, the idea of corporate responsibility is more comfortably associated with regulatory offences, which do not require the clear personal wrongdoing that is necessary if criminal responsibility is to be imposed for "real" crimes.

But should corporate criminal responsibility for regulatory offences involve the idea of fault at all? If so, are there special problems that must be faced in establishing corporate fault for these offences? These questions raise the difficult issue of strict liability, to which we turn next.

Corporate Fault and Due Diligence

In *The Meaning of Guilt* we recommended that regulatory offences need not contain the *mens rea* element we associate with "real" crime. At the same time, we affirmed the need for a minimum standard of culpability, negligence, and recommended that a person alleged to have committed a regulatory offence should always be given the opportunity to show that he exercised due diligence to prevent its commission.

We carefully refrained, however, from deciding whether the same standard of culpability should apply to corporations. We noted that values we were attempting to reinforce through the due

diligence defence—liberty and humanity—were perhaps less important in relation to corporations than natural persons. We left this question to be examined in a more complete discussion of corporations and the criminal law.

While we do not wish to reiterate the considerations we discussed in reaching our conclusions in *The Meaning of Guilt*, it may be useful to point out that we emphasized the competing interests of justice and expediency. On the one hand we felt it was unjust to convict defendants who were not at fault; on the other hand we could not ignore the interest of society in the efficient enforcement of criminal law.

When looking at the interests of justice the function of the regulatory offence must be stressed. It is used to create standards of care that will prevent certain harms and imposes penalties on those who do not comply with those standards. These penalties may be substantial, since many regulatory offences will involve the risk of serious injury and their breach is a matter of considerable importance.

What if, in the course of a corporation's business, a regulatory offence is breached despite the exercise of all reasonable care? To penalize the corporation despite the fact that it has met the objectives of the regulatory scheme can only be seen as unjust. It is no less unjust simply because the defendant is a corporation rather than a natural person. The adjudication continues to reflect upon conduct, albeit group conduct, and basic fairness requires that those who stand behind the corporation be allowed to explain why a finding of guilt ought not to be made.

In this regard, it is perhaps important to note that there is a distinction between regulating and the regulatory offence. There are many regulatory tools besides criminal offences, for example licensing, inspection and taxation. One might also impose as part of a regulatory scheme the obligation to bear the financial risk of certain kinds of injuries. A corporation might be made strictly liable to compensate people for injuries attributable to certain activities without violating the principles we have espoused in *The Meaning of Guilt*. What is important is that where the law adopts an offence framework requiring an admission or denial of guilt and attaches a penalty, basic fairness requires the right to establish

the absence of guilt. *As long as we attempt to deal with situations by prohibiting behaviour, the issue of culpability is one with which the law should deal.*

From the standpoint of justice, then, we do not favour a concept of corporate responsibility that has as its basis vicarious liability without fault, and we would be reluctant to see this continued in our criminal law. Apart from being unjust it could lead to incongruous results. Liability could be imposed on a corporation for an act of its employee without regard to the fact that the employee may have done all he could to prevent the offence and that the corporation may have set in motion a system to prevent the result that occurred. Accepting the recommendations we made in *The Meaning of Guilt* for individuals, it is clear that if the employee had been charged he would have had a defence. It appears to us to be incongruous that his employer should, nevertheless, be held responsible despite an absence of control over the result that occurred.

It is when we move away from justice and into the area of expediency that problems arise. First, does the fact that liability is not strict affect the capacity of the regulatory offence to be enforced? And is this more apparent in the case of group offenders, like corporations, than in the case of natural persons? There can be little doubt that the question of due diligence is more difficult when assessing conduct within an organization than when assessing the conduct of a single individual. With an individual we need simply to ask whether he took all reasonable care to avoid the result. With a corporation, however, we have a difficult preliminary question—who, of the many people operating within the corporate framework, had the responsibility for exercising reasonable care on behalf of the corporation? How does the exercise of due diligence, or the lack of it, manifest itself?

To some extent we face the same question here that arose earlier in our discussion of corporate fault for "real" crimes. The failure to exercise due diligence, like corporate fault, must be attributed to the corporation through those responsible for corporate policy.

The diffusion of responsibility within corporations having complex organizational structures makes it difficult to determine

whether due diligence has in fact been exercised, particularly where there is evidence of an unsuccessful effort to set standards to avoid harm. Was the preventive action taken by those whom a court would regard as having primary responsibility for exercising due diligence? Perhaps the matter should have been dealt with at a higher level of the management structure. Were the standards effectively transmitted to those whose conduct caused the actual breach? Perhaps the man on the assembly line had not been informed of the procedures. Were the standards conscientiously enforced within the corporation? Perhaps there was a tacit understanding that sanctions would not be imposed by the employer on employees who failed to follow the procedures laid down.

Consider, for example, the large corporation that owns and operates a chain of stores. Suppose it establishes training programs for its store managers, provides supervision and prescribes explicit procedures. Nevertheless, because a manager is negligent in supervising his subordinates the system fails to prevent an offence. Has the corporation exercised due diligence? At what level of management does negligence fail to ground corporate responsibility? Does the due diligence defence mean that the more centralized the authority within the corporation the less likelihood there will be of convicting a corporation for the negligence of seemingly responsible agents?

Extending the due diligence defence to corporations would inevitably raise questions of this nature. While many of the questions are suited to judicial decision-making and would simply require courts to look behind formal policies to determine the true measures adopted by the corporation to avoid the offence, other questions are of a more basic policy nature. For example, whether the due diligence defence should be excluded where a person to whom supervisory duties have been delegated has been negligent is a policy question that might better be spelled out by the legislation establishing the defence. For the purposes of the due diligence defence in regulatory offences, it may be necessary to take a broader view of who represents the corporation than we are willing to take for the purpose of imputing fault to the corporation for "real" crimes. A specially framed due diligence defence for corporations, therefore, may be necessary.

The due diligence defence would also have an impact on enforcement agencies. It would probably give rise to more contested cases and would require more resources to be devoted to enforcement. Not that investigators would have to search for fault where formerly they did not; the studies we made earlier of the enforcement of regulatory legislation showed that prosecutions are not usually brought unless investigation has disclosed evidence of fault. But even though the burden of raising the issue of fault would fall to the corporation owing to the shift in the onus of proof, there would be a need to meet the explanation offered by the corporation, most likely by documenting a pattern of behaviour to rebut the corporation's claim of due diligence. Not only would this require careful preparation by enforcement agencies, but its effective presentation would seem to depend on a relaxation of existing procedural rules requiring strict proof of alleged conduct. Perhaps departmental files could be introduced in court for this purpose.

Whether considerations like these focusing on the inexpediency of extending the due diligence defence to corporations warrant drawing a distinction between human and corporate defendants is not an easy question. While in *The Meaning of Guilt* we were prepared to sacrifice a measure of expediency for a measure of justice and recommended the half-way position represented in the due diligence defence, we face, with the corporate offender, an additional consideration. Does the fact that no person is singled out for condemnation, when a corporation is convicted, tip the scales away from justice towards expediency? Perhaps. But if, as we shall discuss in greater detail under the heading "Sanctioning the Corporate Offender", the effect of the sanction will be felt by people, and if part of our objection to strict liability is penalizing people without just cause, the interposition of the corporate format may not be a particularly relevant consideration. True, the issue of fault could be raised in the sentencing and dispositions part of the proceeding; but if fault can be put in issue at that stage, why not earlier, before the conviction is registered?

In principle, we think that corporations should be allowed to show that all reasonable care to prevent an offence was taken by officers and employees to whom supervisory responsibilities were delegated. And quite apart from the question of justice, we think

that this defence would serve a useful function by shifting into a public forum the adjudication of standards by which corporations are to be guided. Matters would be brought into the open that are now known only to administrative officials responsible for exercising discretion in the enforcement of these laws. Public enforcement would not only provide valuable information and insight into corporate activities but would also, we believe, promote a gradual raising of standards of care. Most corporations are interested in their public image, and there should be a reluctance to admit that they do not meet the standards exacted by regulatory legislation. The stigma of negligence is not conducive to good business.

In recommending the due diligence defence for corporations we do not mean to be insensitive to fears that are sometimes expressed by administrators responsible for enforcing legislation or to ignore what we have acknowledged to be problems. And we would prefer basing our recommendation on a body of experience that showed that the defence would not frustrate enforcement efforts. But while there are several statutes that presently allow for the defence without distinguishing between natural persons and corporations, there appears to be no useful experience in actively enforced fields, such as trade offences. While an amendment has recently been made to the *Combines Investigation Act* to allow due diligence to be used as a defence for misleading advertising and related offences, the defence is conditioned on immediate corrective advertising by the offender. This may tend to minimize its use and to limit its potential for supplying information for a follow-up study on actual experiences with the defence.

We believe the onus should be placed on those who seek to retain strict liability to make out the case for its retention. And the case should be based not on speculation but on actual experience, suggesting the need, at a very minimum, to enact the defence on a trial basis to obtain the experience upon which more precise recommendations can be based. It may be that experience will dictate the need to modify the defence in some cases if criminal offences are to be retained; or, more appropriately, it may reinforce the need for different kinds of controls for regulating activities primarily carried on by corporations.

Interrelationship Between Individual and Corporate Responsibility

A Case for Corporate Responsibility

An overriding issue remains: why have corporate responsibility at all? Is it not sufficient to rely on the capacity of the criminal law to deal with individuals comprising the corporate system? There are those who will argue that the corporate responsibility approach accomplishes little and that the effectiveness of criminal law in dealing with corporations lies in its use against those who make decisions.

While evidence to support this argument is not readily available, experience tells us that there is some truth in it, at least in terms of the impact criminal law can have on people within the system. There is evidence, for example, that the criminal conviction of business executives in the electrical equipment price-fixing conspiracy case in the United States in the early 1960s had a definite impact on those convicted; whether it had any major effect on the practices condemned in that decision, however, is less clear.

There are at least two observations that can be made in response to this kind of argument. First, the potential impact of convicting a corporation cannot really be measured at this stage of our legal development, since our law does not yet provide a satisfactory approach to sanctioning corporations. This is a matter we deal with later in this Working Paper under the heading "Sanctioning the Corporate Offender". Second, the argument may

not give full scope to the varied demands that arise out of situations involving criminal behaviour within corporations. Looking to corporate responsibility as an alternative, or additional, basis for imposing criminal responsibility in certain cases is, in our view, supported by several considerations.

An initial consideration is that corporate structuring may hinder efforts to deal with responsible individuals within the system. Corporate responsibility offers the possibility of using criminal law in situations where it may be impossible to establish the guilt of any one person. This could occur in complex organizations where sufficient evidence to support a conviction would sometimes be difficult to obtain. The problems of proof we discussed in relation to individual responsibility may well point to the usefulness of a corporate responsibility approach.

Imposing individual responsibility may be hampered as well by the fact that corporate operations can be conducted without regard to jurisdictional boundaries. Some corporations operating in Canada are wholly owned subsidiaries of foreign corporations. There are multi-national firms whose operations cut across state lines. Decisions affecting the Canadian operations of some corporations are, therefore, frequently controlled from outside Canada. Individuals upon whom we may wish to impose criminal responsibility will not always be amenable to our criminal process. In some cases, enforcement can be frustrated by the fact that the criminal activity of the individuals concerned occurred outside Canada and did not amount to an offence under Canadian law. Even where the activity can be characterized as a crime under Canadian law, our extradition treaties, which do not presently cover many categories of economic crime, may not be effective to prevent those outside Canada avoiding the application of Canadian criminal law. Our ability to deal with situations such as these in terms of the corporation may, therefore, prove advantageous, especially if the impact of the sanction can be transmitted indirectly through the corporation to people who cannot be dealt with directly.

A second consideration is that the individual responsibility approach does not really allow us to make a judgment about a process, only about the isolated act of an individual or the joint acts of several individuals operating within the corporate framework. If it

is the cumulative efforts of a group that have led to a particular result, and if it is the system within which these people function that has encouraged behaviour that is inimical to the value structure we support in our society, perhaps we should be able to evaluate the behaviour in group terms as well as, or perhaps instead of, individual terms. The conduct may simply have more meaning as a group effort than as individual acts. The conduct of an individual may be significantly over-shadowed by larger impropriety within the organization as a whole, especially where his decisions were made on behalf of and for the benefit of the corporation, reflected pressures and procedures engendered by the corporate process, and were made in ignorance of applicable laws.

And to the extent that our concern with corporate and group behaviour is with the impact of the process on our society, imposing corporate or group responsibility may be more representative of that concern than simply imposing responsibility on individuals. A corporate responsibility approach would not only shift the emphasis onto the social obligations of people acting collectively, but would also provide a higher level of visibility to the conduct in question, serving to protect the public from exposure to the risks of harm involved in the process. To prosecute a corporate retailer of bad meat may do more to put the public on notice than to prosecute the sales manager.

A third consideration relates to efficiency. In a society moving increasingly towards group action it may become impractical, in terms of allocation of resources, to deal with systems through their components. In many cases it would appear more sensible to transfer to the corporation the responsibility of policing itself, forcing it to take steps to ensure that harm does not materialize through the conduct of people within the organization. Rather than having the state monitor the activities of each person within the organization, which is costly and raises practical enforcement difficulties, it may be more efficient to force the corporation to do this, especially if sanctions imposed on the corporation can be translated into effective action at the individual level. Clearly, enforcement measures and sanctioning flexibility play major roles in the success of this approach, and these are matters that will be dealt with in more detail under the heading "Sanctioning the Corporate Offender".

Considerations of efficiency also relate to the ability of courts to respond positively to criminal behaviour. The authority to deal with corporations in the sanctioning process may enable courts to respond more creatively to the needs of victims of criminal behaviour. Suppose a company president is charged with fraud, some of the benefits of which have accrued to the corporation. A corporate responsibility approach would extend authority to the court to make a restitution order requiring the corporation to restore losses. While, as a general proposition, we disapprove of using the criminal process to resolve disputes that can be handled adequately within the civil process, we also recognize that by restricting criminal responsibility to individuals we would in some cases be forcing victims into expensive civil proceedings to recover losses inflicted upon them by proven criminal acts perpetrated through, and benefiting, corporations.

While these considerations offer support for a flexible approach to criminal responsibility—allowing responsibility to be imposed on individuals, on the corporation or on both—there is a significant argument that can be made for excluding corporate responsibility for "real" crimes and for limiting its use to regulatory offences. If, as we have suggested, the primary purpose of "real" criminal law is to reinforce behavioural patterns supporting fundamental values, it is important to consider whether dealing with corporations in that law contributes to that purpose. The emphasis on fault in "real" crime suggests that its purpose can best be achieved by using the process against natural persons, and that convicting a corporation of a crime like fraud or theft may do little to promote values. After all, values really concern moral choices made by people, and whether an approach that de-emphasizes individual choice and looks at conduct from a group perspective is consistent with the theoretical position we have taken on "real" crimes causes us some difficulty.

On the other hand, the different perceptions that people have of "the corporation" make it hard to be doctrinaire about the role of corporate responsibility in the promotion of social values. There are those who regard the corporation as merely symbolic of a process of interaction among people, and who would see corporate responsibility as a way of making a definite moral statement about

the conduct of those people. Others would view the corporation as a personality separate from those involved in its processes; and, by these, a criminal law that convicts little people but not large corporations may be perceived not only as unfair but also as ambivalent towards the values our criminal law is used to support. For many people, then, corporate criminal responsibility may work towards the reinforcement of important social values reflected in our "real" criminal law.

We are reluctant, therefore, to make a recommendation that would exclude corporate criminal responsibility for "real" crimes, although the difficulties we have stressed in analysing the basis of corporate fault, and in attempting to reconcile corporate responsibility with the broad goals of criminal law, cause us to have reservations about its place in our law of "real" crimes.

Maintaining a Balance

It is sometimes objected that corporate responsibility shifts responsibility away from, and therefore insulates, people who function within corporations; that it simply provides a shield for irresponsibility in corporate decision-making. To the extent that this is a criticism of having in our criminal law an optional basis for dealing with corporations, we cannot agree. Certainly under our present law there is little evidence to support the criticism, at least as a broad proposition. True, there are areas of criminal law, for example, offences under the *Combines Investigation Act*, where charges have principally been laid against corporations. But Criminal Code offences are usually enforced against individuals, not corporations, despite the freedom under our law to proceed against corporations. Where corporations are charged with offences like fraud, normally it is in conjunction with proceedings against individuals operating within the corporation.

Present practices, it would seem, largely reflect the way in which offences are described, the historical relationship of the legislation to matters of criminal law, the prosecutor's view of the degree of culpability of individuals within the corporation, the

extent to which individuals derived direct benefit from the wrongdoing, and the multitude of tactical problems that necessarily bear upon the issues: problems of proving the elements of the case; of witnesses or potential defendants outside the jurisdiction; of key documentation outside the jurisdiction; and of evidentiary rules that would prevent key testimony being given by individuals if charged personally.

While it is impossible to predict the precise effect on charging practices that would follow the implementation of changes suggested in this Working Paper (for example, what the impact of imposing a reverse burden of proof on corporations charged with "real" crimes would be) we doubt that they would stimulate a major shift of emphasis from people to corporations. We feel the factors just outlined would continue to influence discretionary choices by prosecutors. If anything, it may be more reasonable to suppose that the importance we have attached to people within corporations would add support to what we sense is a growing emphasis, perhaps more so in the United States than in Canada, on the individual responsibility of people participating in corporate affairs.

Clearly our intention is not to support an approach to criminal responsibility that will permit corporations to serve as a shield for corporate wrongdoing. Corporate responsibility is not designed to provide a parallel, on the criminal side, to the notion of limited civil liability. We stress this point because we realize that it may be impractical to restrict corporate responsibility by legislation to specific categories of corporations, and that this necessarily creates a basis for imposing criminal responsibility on all kinds of corporations, whether large complex organizations or one-man operations, whether business corporations or charitable ones, whether legitimate on-going concerns or those used to further criminal objectives. Corporate responsibility must be kept within reasonable limits, particularly if employed in respect of "real" crimes. Normally, for example, corporate criminal responsibility should not replace individual responsibility where criminal acts are committed in the course of activities carried on by small organizations, where there is a clear association between the individuals and the corporate framework in which they operate. Nor would it normally be appropriate to deal, on a corporate responsibility basis, with "shell" cor-

porations that are formed or taken over to provide a vehicle for fraud. The corporation may have no substance and may exist on paper only. Here emphasis should be placed on the individuals who make use of the corporation, not the corporation itself.

What might prove to be of assistance in maintaining a proper relationship between individual and corporate responsibility are formal guidelines to assist those laying charges and prosecuting offences. Guidelines might reflect the kinds of considerations we have raised in supporting a corporate responsibility approach as well as in cautioning as to its use. Publication of such guidelines, a step we have advocated in our Working Paper *Criminal Procedure : Control of the Process*, would tend to minimize the risk of abuse and reduce the apprehension of those concerned about the possibility of undue emphasis on corporate responsibility.

It should also be pointed out that a decision to proceed against the corporation may simply defer the imposition of responsibility on individuals. The effectiveness of the criminal law against corporations depends on compliance by people within the corporation. Where a corporation refuses to pay a fine or to live up to its agreement to make restitution or to conduct its activities in a stipulated manner, the law must react. One possibility, of course, is to tie up corporate property, a traditional, but sometimes cumbersome, way of dealing with the problem. A second possibility is to proceed against individuals within the corporation who are in a position to see that the sanction imposed by the court is complied with. In our view, the latter is an appropriate measure and *a corporate sanction should include a designation of personal accountability at the time it is imposed*. This is sometimes done under our present law, but it should become standard practice. At least in terms of responsibility for future conduct, then, corporate responsibility does imply the responsibility of individuals within the system.

Sanctioning the Corporate Offender

While we have up to this point focused on issues of individual and corporate responsibility, our treatment of sanctions will be restricted to corporations. Our series of papers on *The Principles of Sentencing and Dispositions, Fines, Restitution and Compensation, Diversion,* and *Imprisonment and Release* consider in detail the disposition of criminal cases involving human offenders. We feel that the positions outlined in these papers are sufficiently comprehensive to provide a basis for sanctioning corporate officers, agents and employees who may be found criminally responsible for corporate crimes. Innovative responses, for example restricting the right of the individual to participate in business activities for a specified period, can clearly be accommodated within the broad range of disposition powers we have suggested a court should have.

We turn now to corporate sanctioning.

Observations on the Present System

Using criminal law against corporations requires a means of sanctioning them. Our present criminal law relies heavily on fines. Although the criminal law also provides for restitution orders, and while some legislation, for example the *Combines Investigation Act,* authorizes the use of prohibition orders restricting future activities of a corporation, the fine remains the principal sanction. For serious

Criminal Code matters, indictable offences, the amount of a fine is within the discretion of the court; for less serious matters, summary conviction offences, the maximum is $1,000. Other statutes impose different maximums; a recent amendment to the *Combines Investigation Act*, for example, has established a maximum fine of one million dollars for certain offences. Others expand the maximum limit by treating continuing offences as separate violations each day the conduct is continued. The broad discretion given to courts applying these provisions necessarily produces variations from province to province, municipality to municipality, court to court and offence to offence.

It is often objected that fines simply don't work. Some people regard corporate fines as insignificant—too small. Others point to discrepancies in the fining practices of courts; in some cases there is little differentiation between corporations and human offenders, and in other cases little between large and small corporations. Total blame cannot be placed on the courts, however. Judges are asked to establish appropriate fines for corporate offenders without any particular expertise in corporate finance and without the benefit of legislative guidelines. To some extent our failure to recognize the degree of expertise necessary to evaluate the financial positions of corporate offenders and our failure to articulate sanctioning objectives precludes us from expecting more of our system of justice than we seem to get.

Discrepancies, of course, are always a problem, and we discussed this in *Working Paper No. 6* in relation to human offenders. There we advocated the day-fine, which would relate an offender's fine to his economic position. The rich person, on this principle, would be fined more than the poor person for the same crime. While the day-fine is designed to operate on fairly simple economic indicators, *the possibility exists of developing a formula for corporations to equalize the marginal deprivation imposed on each corporation by a fine in relation to such factors as profits, total assets, and ability to deflect the impact of the fine.*

This, however, is only one aspect of the problem. What also concerns us about the widespread use of the fine as a corporate sanction is the apparent lack of consistency in objectives. What do courts expect to achieve by fining corporations? In some cases

it is regarded as pure punishment, or as a denunciation of certain activities. More frequently courts seem to regard it as a device for modifying behaviour, stressing the need to deter corporations from their unlawful ways. In other cases, courts seem to be using the fine as a way of divesting the corporation of gains it has achieved through its illegal activities.

This leads us to our first observation: Fining the corporation is one thing; requiring it to surrender its illegal profits is another. To amalgamate what we would view as distinct sanctioning devices is to confuse our objectives. When we look to many of our traditional crimes, take theft for example, the offender is required to surrender the property he has taken from his victim. If a fine is imposed, it is a response that goes beyond our desire to deprive him of his illegal profits, and reflects the view we take of the particular crime he has committed. With many kinds of commercial crime, however, property is removed under circumstances that make identification difficult and entitlement a complex legal issue, with the result that judicial intervention is normally required in separate civil proceedings. Imposing a fine to reflect the value of the profits is done, we suspect, with the knowledge that in all likelihood the victim will be unwilling or unable to bring civil proceedings to deprive the offender of his gains.

Nevertheless, *when fining a corporation, or, indeed, any offender, a court should, in our view, only look at the illegal profits in order to assess the severity of the crime. If the court decides the corporation should, in addition to being fined, be stripped of its profits, and a restitution order has not been made, it should have the authority to treat this as a separate issue and to make an appropriate order.* The amount paid would be the property of the state but could be available to satisfy civil judgments, whether awarded to individual victims or to a class, arising out of the criminal act.

Our second observation is that we must attempt to develop and use innovative methods of sanctioning corporations. We share the concern of many that heavy reliance on fines is not the answer. This development can only take place, however, after clarifying the objectives of imposing criminal sanctions on corporations and after assessing how the group nature of corporate operations can affect the achievement of those objectives.

Sanctioning Objectives

Talking about the objectives of criminal sanctioning is complicated to some extent by the fact that we must deal with both "real" crimes and regulatory offences. Because the function of the criminal law differs with each class, sanctioning objectives are not entirely the same for each. "Real" crimes, we have already observed, deal with fundamental values. Sanctioning objectives are therefore related to reinforcing these values and supporting them in three ways: First, by expressing the serious disapproval with which society regards the conduct. Sanctions that seek to impose punishment, or to inflict financial deprivation, may serve this purpose.

Second, by fostering a society in which the value is actually observed. This may involve deterring the offender and the potential offender from future violations and removing people from positions from which they have the capacity to inflict social harm.

Third, by restoring the status quo to the extent possible, so that the victim, whether an individual or the public, is compensated for the injury that has resulted from the violation.

Sanctioning in the context of regulatory offences has narrower objectives, related primarily to achieving positive results mentioned in the second and third of these objectives.

Social scientists have spent considerable time and effort trying to determine how to deal with human offenders within the criminal process in order to achieve maximum success in relation to the objectives we have outlined. There is still an immense amount we do not know. What, for example, is the psychological impact of the use of criminal law in terms of value support? What is the deterrent effect of criminal sanctions on the offender and on the general public? Our Working Papers on sentencing and dispositions have attempted to deal with the problems of sanctioning individuals, emphasizing the importance of diverting offenders out of the process, encouraging restitutionary settlements and promoting a fining system that makes fines proportionate to economic security. When we approach the problem of sanctioning corporations, however, we are dealing with a different phenomenon; there are a number of features about corporations and corporate activities that

may have a direct bearing upon when they should be brought into the criminal process, and what can be done to them within that process in order to realize the objectives set out above.

Corporate sanctioning is a way of dealing with people collectively. Having chosen to approach a question of responsibility in corporate terms we must deal with people on the basis of their relationship to the corporation. We must sanction the group in the expectation that the effect will be transmitted to those responsible for the behaviour in question. An obvious ramification of corporate sanctioning is that the most prominent of the criminal sanctions, imprisonment, is not available as a way of dealing with offenders. You can't put a corporation in jail! And yet, the limited purposes of imprisonment we suggested in *Working Paper No. 11* are also relevant to corporate sanctioning. Denunciation of conduct may be as appropriate for corporations as for natural persons. This forces us to find different ways of denouncing conduct, possibly by using large fines or adverse publicity.

And where imprisonment satisfies the exceptional need to separate a human offender from the community for the protection of society, different sanctions must be developed to satisfy a parallel need with respect to the corporate offender. It may be necessary to place severe restrictions on the scope of corporate operations, prohibiting corporations from carrying on certain kinds of activities and possibly removing the corporation from the business community aitogether, in extreme cases.

Where the major emphasis is on the need to encourage observation of rules by those who participate in corporate activities, we must consider sanctions that have an economic impact on the corporation, perhaps fines or business restrictions, sanctions that are likely to have an impact on those who assert control over corporate decisions. Where we wish to focus on the victim, we must use the resources of the corporation to make restitution for his losses.

Our approach in the remainder of this discussion of sanctions will not be, however, to examine the relative advantages and disadvantages of different ways of sanctioning corporations. While this kind of detailed consideration is essential, it can best take place

in the light of an understanding of more general considerations important to the development and application of corporate sanctions. It is on these that we propose to concentrate.

Implications of the Group Process

The corporation is simply a convenient frame of reference to deal, on a collective or group basis, with the activities of people. A corporation has no greater capacity to feel the impact of the criminal process than to experience a sense of participation in the activities it is alleged to have committed. This suggests two possibilities: First, that imposing group sanctions may raise the risk of treating group members unfairly. Second, that the intended effect of the proposed sanction may be frustrated by the manner in which the group is structured.

(a) *Considerations of Fairness*

Using the fine or some other means of economic attack to punish a corporation, with a view to reinforcing values or perhaps deterring future conduct within the corporation, means that the impact is not going to be felt by the mindless, lifeless symbol we call the corporation. It will be felt by people within the corporate operation who would otherwise have a claim on that amount (the impact may also be felt more broadly by creditors and consumers in addition to, or instead of, those within the corporation, a point we shall deal with later). It will hurt shareholders, who would otherwise be in a position to receive the benefits of this amount, and any employees who are in a position to share in corporate profits.

In our view, principles of fairness require that group sanctions be designed so that the impact will not be felt disproportionately by members of the group who have not contributed to the offence. In some cases, for example a closely-held corporation in which the principal shareholder is the effective decision-maker, there is nothing unfair about the shareholder bearing the brunt of the

corporate penalty. But in other cases this solution is complicated by the wide dispersion of shares. Control over a corporation may be effectively exercised by someone holding a small percentage of them. While punishment imposed upon a corporation and felt by the shareholders as a class will be felt by shareholders exercising control over decision-making, the brunt of the sanction will be felt by investors who have not contributed to the decision leading to the offence. While each investor may suffer only minimally, the result, nevertheless, is that the cumulative effect of the penalties is felt by people who would not, in the eyes of most people, be considered responsible for the conduct in question.

Economic sanctions used in a punitive sense, then, become risks that members of the group in an investment capacity are required to bear. The relevance of this is underlined when it is taken into account that we have distinguished a fine from a judicial order requiring a corporation to divest itself of illegally obtained profits. There the deprivation to investors would simply reflect the unwarranted aggrandizement of their investment interest and would not amount to a disproportionate absorption of the penalties occasioned by the offence.

At the same time, of course, we appreciate that the isolated act for which a corporation is convicted may well be only one of a series of acts that has benefited those same shareholders, substantially reducing any complaint they might have of unfair treatment. Nevertheless, it is arguable that the penalty should be related solely to the conduct established in the criminal proceeding, and that the fairness issue should be discussed exclusively within that context. On this basis, a sanction may be unfair.

We are not suggesting that the possibility of injuring innocent shareholders should be a strict bar to the use of economic sanctions against a corporation. Inevitably, innocent people are hurt by the imposition of any criminal sanction and it may be an unavoidable effect of a choice that achieves the maximum good. We are suggesting, however, that it is an important consideration for a court to take into account; consideration of this factor might point a court in a different direction, perhaps leaving the conviction itself to serve as the value reinforcement element and focusing on other objectives, perhaps restitution, in selecting an appropriate sanction.

(b) *Considerations of Effectiveness*

We are also concerned about the extent to which the group process may frustrate expectations of how sanctions can change the course of corporate behaviour. Take, for example, the question of deterrence. Group sanctions imposed with a view to deterring behaviour assume that the impact of the sanction, or the threat of such impact, will alter the behavioural pattern of individuals within the group. Normally, with a human offender, the shame or embarrassment of a criminal sanction will have an emotional impact and may have some effect on his behaviour. We seriously doubt, however, that sanctions serve this purpose in the group situation. Unless the individual identifies closely with the group image (which is perhaps less likely with respect to business corporations than other groups, for example religious or educational institutions) the impact would seem to be diffused in the course of being transmitted through the group to the individual member. He may simply not view the guilt of the corporation as reflecting on his own moral character.

In terms of influencing behaviour within the group, then, effectiveness is determined primarily by the impact on those in a position to make changes. We must look to the direct impact the sanction will have upon them, usually in an economic sense, or the pressure that can be brought from within the group. To a considerable extent, then, there is a correlation between what is an unfair sanction and what is an ineffective sanction. If a shareholder is punished unfairly, there may be little he can do about the situation.

Where a sanction is felt by shareholders, the structure of the corporation may well inhibit them from directly influencing its course of action. Effective control may be exercised by a few shareholders or by management. If the impact on those in control of the corporation, or the threat of such impact, is not sufficient to make them comply with the provisions in question, there is little likelihood of future compliance by the corporation.

We appreciate that the shareholder upon whom the sanction falls is not totally impotent. Under corporate legislation in Canada there are procedures a shareholder can use, for example calling for judicially appointed inspectors and bringing a derivitive action in the courts. But these measures hardly justify criminal sanctioning

techniques that, on their own strength, are incapable of achieving the objectives of the criminal provision they are invoked to support.

In many cases, as well, the shareholder will not even be aware of the sanction, which at the very minimum should be rectified. Positive action might follow if a court were to require, in addition to imposing a fine or other economic sanction, that the corporation inform its shareholders of the nature of the offence, the sanction imposed and a proposal for correcting the situation leading to the offence. Informing the group is perhaps a first step towards internal realignment of objectives.

Another aspect of this question bears consideration, however. Even if, through corporate or individual sanctions, impact is felt by corporate managers, there will be cases where positive effects will be substantially diminished by sub-group and union pressures to resist changes in policy directed by management. While it is difficult to anticipate and to take into account these factors in individual cases, they do suggest further difficulties that may be encountered when the objective is to reshape corporate conduct by putting pressure on the corporate structure.

What these considerations seem to point to is that if criminal sanctions are to be used against corporate offenders for the general protection of society *it may be more effective to concentrate, where possible, on sanctions that directly remove the threat of injury by interfering with the corporate operation than to try to reshape corporate decision-making into a law-abiding model.* If it is felt that the public should be protected, for example, from a corporation that issues misleading advertising, it may be more feasible to require the corporation to conform with a specific court order than to attempt to influence corporate decision-making by sporadic attacks on the corporation's profit goals. Strict judicial or administrative monitoring, or outright banning, of advertising by the offending corporation may be the more effective route where its decision-makers do not seem to be vulnerable to more conventional sanctions. In an ultimate sense, if the corporation poses a real threat to public values, winding up the corporation or placing it under close court-sponsored supervision may be more effective than attempting to influence the behaviour of individual decision-makers

by imposing group economic sanctions. The consequences of this, however, could be so severe that it would have to be regarded as a final threat, to be used only where no other sanction was appropriate.

Corporations and Economic Power

Looking at the corporation as a group has allowed us to identify several considerations that should be taken into account in developing and using corporate sanctions. We now propose to look at the corporation in another aspect, in terms of its control of resources and its position in our economic system.

(a) *Redressing Injuries*

The orientation of corporations towards profit is particularly relevant to our third sanctioning objective, redressing injuries of victims of crime. In *Working Paper No. 5* we discussed restitution and compensation, stressing the importance of involving the offender in a process aimed at voluntary restitution to the victim. This may entail restoring the victim's property or paying him damages. Restitution allows the victim to regain his former position without undertaking costly civil proceedings and encourages the offender to accept responsibility for his conduct and to fulfil a social and private obligation.

While restitution is in many ways suited to economic crime, in which corporations are frequently involved, it is not without its problems. The large number of victims of economic crimes can cause difficulties in processing claims. It is also apparent that many of the injuries suffered by victims are of the *de minimus* variety; they are simply too small taken individually to process economically, even though to allow the corporation to profit would be a gross injustice. As well, corporate action will sometimes affect interests shared by the community as a whole, which may not be tied to rights that our law recognizes to exist in private individuals, and therefore may not support claims to restitution. Finally, estimating losses can place a tremendous burden on a court, especially

a criminal court, and even with specialized assistance the best estimate may only be a vague approximation based on limited factors.

While we acknowledge, then, some real difficulties, we stress the importance of focusing special attention on the need to redress injuries caused by corporate criminal behaviour. *First, we would promote restitution where it has been established that victims have suffered a sizeable loss or where restitution to victims, however small the loss, can be achieved without unreasonable effort.* The unlawful overcharging of customers' accounts, for example, could often be redressed by a relatively simple accounting measure.

Second, where restitution is not sought or a number of victims have suffered minimally, the court should be authorized to estimate the unlawful profits realized by the corporation and order the money to be paid to the state, subject, as we have already suggested, to being used to satisfy judgments awarded in civil proceedings against the corporation. Amounts paid might be placed in a fund from which grants could be administered to suitable public interest organizations to encourage private representation of the interests of those victimized by the unlawful activities of corporations. This would be particularly salutary in view of our recommendation to exclude property claims from the crime compensation scheme outlined in *Working Paper No. 5*, which would be funded through fines.

Third, corporate criminal conduct damaging general interests in resources shared by the community as a whole, like clean air and water, should in some cases attract a judicial order requiring a corporation to pay damages for public injury. Laws framed to safeguard public benefits such as these should authorize courts to impose sanctions that will at least partially compensate for public resources that must be devoted to their maintenance.

(b) *The Corporation in the Economic Matrix*

Imposing sanctions of an economic nature on corporations raises difficult questions because of the position the corporation occupies in a complex economic web. While we can talk about substantial fines, restitution and damages, the effects of the

sanction ramify outside the corporation. Not only must we be concerned about the effects of sanctions from an internal perspective (which we emphasized earlier in our discussion of fairness and effectiveness), we must also be concerned about the broader effects of corporate sanctioning.

Many corporations come into contact with thousands of people who purchase their products and services. Economic sanctions such as fines can be treated in the same way as taxes and business losses, simply as another item to be taken into account in the overall financial picture of the corporation. To the extent that the market will bear an increase in the cost of the products or services of the corporation the economic sanctions will be deflected into the general community. In many cases, then, the sanction is illusory; not only does it fail to provide any stimulus to behavioural change within the corporation, it becomes another of the many factors contributing to a general trend of rising prices.

Not all corporations can pass on fines, however. For some there will be a real impact, especially where the fine is imposed in addition to an order directing divestment of illegal profits. And while substantial fines may be regarded as strong deterrents to future behaviour where the corporation is truly affected, the community impact cannot be ignored. A severe jolt to the corporation's financial position may cause investor confidence in the corporation to falter. The corporation may have difficulty obtaining the necessary resources to expand its operation or even to continue on its existing level of activity. This may affect creditors, whose position may become threatened, employees who may be laid off, potential employees who might otherwise have been hired, service industries who respond to the demand placed on the community by the presence of the corporation, and the general community whose demand for the services of the corporation may be unfulfilled.

To some extent, this kind of impact occurs whether the criminal process is used or not. Civil remedies, especially damage awards, have a similar impact and some of the sanctions we have suggested here simply complement the civil process in returning to victims what is rightfully theirs. Many of these sanctions, however, go beyond this. Fines, damages, and certain restitution orders will require corporations to pay sums not directly reflected in

revenues related to the illegal activity. Other sanctions we have alluded to, such as adverse publicity, interferences with the right to do business and the ultimate sanction, winding up the corporation, may have even more serious impact on the related economy than pecuniary sanctions.

We do not mean to suggest that corporations should not be sanctioned where this would have adverse economic effects on the community; or that marginal operations are entitled to an immunity not shared by more prosperous concerns. We do think, however, that guidelines for sanctioning corporations should direct law makers, who might otherwise opt for a limited range of sanctions or for mandatory sanctions, and judges, who might otherwise take an easier route to sentencing, to pay special attention to the character of the corporation as a component of our economic system.

Negotiated Sanctions

The considerations we have raised here do not exhaust the subject of corporate sanctioning. What we are presenting is simply a starting point for viewing the corporation as something more than "a person with money". Sanctions traditionally associated with the criminal law may not always work. Sanctioning objectives such as punishment and deterrence, for example, may have to become secondary to compensatory objectives in some cases, simply because a corporation may not be as responsive to sanctions that support the former objectives.

We have tried to describe a framework within which a difficult balancing process takes place, a framework that would necessitate a more sophisticated process than presently exists. Considerable information about the corporate operation would have to be provided to the court, and expertise would have to be made available to assist the court in evaluating the impact of the sanction on the corporation and the community in which it operates. These are problems for which we cannot offer detailed solutions at this time.

We do suggest, however, that some of these problems might be alleviated through a voluntary process of negotiation between

corporate offenders and victims, with a view to a consensual sanction that would not only provide restitution to victims but would see corporate managers accept procedures to eliminate future violations. Success of this approach would require a willingness by corporations to negotiate with sufficient openness to permit an assessment of what it could and could not reasonably do in the context of the larger economic picture. In many cases it would also require that public interest groups be permitted to participate in the negotiations to represent victims. The role of the court would be limited to one of final arbiter to settle disputes and to approve the final disposition of the matter. The court might also reserve the right to impose supervision over the fulfilment of the terms of the agreement.

The approach we have outlined might be taken at either of two stages in the criminal process. While we have been concentrating on ways of sanctioning a convicted corporation, *there is no need to restrict negotiation to the post-trial stage. It may well be that the matter can be handled effectively at the pre-trial stage.* We have repeatedly emphasized in our Working Papers the importance of restraint in using the criminal law, and in our Working Paper *Diversion* we encouraged several programs to remove from various stages of the criminal process cases that can be dealt with effectively in other ways. In particular, we stressed pre-trial settlement as an alternative to trial. A process of negotiation would bring the offender and victim together to work out a suitable agreement that might include, for example, restitution and an undertaking as to future conduct. Rather than having a formal adjudication of guilt, the ends of justice would be served by extracting an acceptance of responsibility from the offender and an agreement to comply with the terms of the settlement.

We think that many corporations charged with criminal offences would be prepared to participate in negotiations outside the criminal process rather than become involved in a criminal trial. Much, of course, depends on the offence, on the penalty likely to be imposed on conviction and on the projected cost to the corporation of complying with the proposed settlement. It is important to emphasize, however, that *we do not see negotiation simply as a matter of settlement between corporations and our law enforcement*

agencies, which we fear could deteriorate into a "judgment by consent" situation. The process might then simply become a matter of convenience, a way of dealing with problems with a minimum of effort for both sides, taking the path of least resistance to a solution that may simply amount to a licence fee for doing business. *The role of the victim, then, is vital. And it is important that public interest organizations be given the opportunity to participate in diversionary settlement proceedings where it is shown that they have the capacity for, and a legitimate interest in, the representation of victims or, in appropriate cases, the public.* Without representation of this sort, negotiations would be weighted heavily in favour of the corporations.

We do not wish to create the impression, however, that the corporate offender should automatically be diverted from the criminal process in consideration of its willingness to compensate its victims. Clearly there are cases where this would be an abuse of process. An offender should not simply be allowed to pay compensation for crime and ignore its other implications. Our diversionary proposal contemplates that the Crown prosecutor would be given discretion to decide whether any useful purpose would be served by proceeding to trial or whether justice would substantially be served by treating the matter as one for out of court settlement.

Group Criminal Responsibility in a Wider Context

While our focus has thus far been on corporations, we indicated in the introduction that we have a broader interest in group processes. We have emphasized corporations because of the wide range of their activities, because of their importance to the economy and because of potential conflicts between their interests and those of the public.

The corporation is only one mode in which groups carry on activities, however. People carry on business without incorporating, in sole proprietorships and partnerships, for example. Workers have sought an outlet for joint expression in labour unions. People group together in unincorporated structures such as clubs and associations. They act jointly in political forums such as town councils and Indian band councils, and in fulfilling the statutory functions of administrative bodies such as labour relations boards. And, indeed, people act collectively within the structures of "organized crime".

While there are diverse groups with differing organizational structures and purposes, the kind of analysis we have brought to bear on notions of individual and corporate responsibility and on sanctioning objectives and techniques may be of value in looking at questions of criminal responsibility in other group situations. If criminal law does have a role to play in regulating group behaviour and in preventing the risk of certain kinds of social injury, it would be arbitrary to restrict this role to corporations. Some groups are involved in the same activities as corporations. While corporations may dominate business activities, they do not totally monopolize them. Partnerships and sole proprietorships are involved in the same

activities, yet are not generally recognized as entities by our criminal law. Apparent as well is the competition between corporations and government where government, through its Crown corporations, has moved into traditionally private sectors of the economy such as housing and product merchandising. Is it not reasonable that group considerations that promote the role of corporate responsibility should promote a group responsibility approach in these cases as well? And shouldn't considerations that underlie our approach to individual responsibility for participation in corporate conduct have corresponding importance with respect to unincorporated groups and public corporations? We believe they should.

The scope of a general concept of group responsibility would, of course, be limited by the relationship between the activities of certain kinds of groups and the propensity of the state to prescribe regulatory controls. When we move outside business organizations we find that the potential for criminal responsibility for group activities changes, and the likelihood of involving voluntary associations or unincorporated clubs in the criminal process is perhaps more remote. But the potential is there; such organizations may become involved, for example, in illegal games and lotteries. Labour unions may engage in unlawful assemblies or illegally withdraw services. Even government agencies and departments may be involved in activities that violate criminal laws, those relating to environmental protection, for example.

Is it rational to draw the line at corporations, or should we apply the approaches we have outlined to other forms of organization? Let us examine for a moment three considerations that might be raised as possible bases for distinguishing corporations from other groups for purposes of criminal law.

First, the legal personality that attaches to corporations. While this may partly explain the development of corporate criminal responsibility, we do not regard it to be of major significance. In our view, the most important characteristic of incorporation, from a criminal law standpoint, is that it provides a way of defining a group and of identifying people and activities in relation to that group. But there are other devices besides incorporation that provide this definition. Labour unions can be defined by constitutive documents and frequently are given official recognition through

certification proceedings; partnerships are based in formal agreements and again have formal recognition through government registration. Clubs and associations are definable by constitutive documents and in some cases have recognition for official purposes.

Our focus on the importance of definition does, however, suggest practical limits to the use of group responsibility. The fact that some groups do not have status as lawful organizations and are regarded as criminal conspiracies inhibits our capacity to recognize them as groups. The shroud of secrecy that surrounds organized criminal activities, for example, precludes the kind of group definition that is necessary if we are to consider this kind of criminal action in group terms.

Second, the complexity of corporate structures. This, too, is an unrealistic way of distinguishing between corporations and other groups. We have already indicated that corporate structures vary tremendously and that corporations run the gamut from the one-man operation to the multi-national firm. While our concentration on corporate criminal responsibility was prompted by our sense of need to develop responses to action taken by larger corporations, we cannot discount the fact that some large firms that are not incorporated are considerably more complex than many corporations. The majority of corporations are, after all, closely-held and small.

Third, the capacity of corporations to hold property. In our view this is another tenuous basis for differentiation. Imposing group responsibility does not require that the group hold property in its name. While the capacity of corporations to hold property is obviously helpful in sanctioning a corporation, since a fine or restitution can be paid out of property "owned" by it, the fact that the property is held by the corporation is not, in our view, essential. Groups, though not incorporated, may have a common fund. Pecuniary sanctions can be related to the state of the fund so that the financial position of the group, not that of its members, can be taken as the basis for sanctioning. The technical question, who "owns" funds in a strict legal sense, is not of principal concern in criminal sanctioning, especially if there is a residual authority to deal with the members individually where the sanction is not complied with.

We have difficulty, therefore, in accepting formal incorporation as a relevant factor for delimiting the application of criminal responsibility to group processes. The considerations we have raised supporting the use of criminal law against corporations are often equally applicable to other groups, such as partnerships and labour unions. However, we have not considered all the implications of imposing group responsibility on groups other than corporations. Consequently, while our general conclusion is that notions of group and individual responsibility for collective conduct should not be restricted to corporations for purely technical reasons tied to corporate status, we recognize that a more detailed examination might reveal valid reasons for not imposing group responsibility in respect of the activities of certain groups. Further consideration must be given to the roles played by different groups in society to determine whether these roles are compatible with control through the criminal law, especially in relation to the problems of group sanctioning.

Criminal Responsibility for Corporate Action—A Limited Role

We have concentrated in this Working Paper on developing a framework for criminal responsibility and for corporate sanctioning, accepting the criminal law as an appropriate vehicle for responding to society's need to control group processes. But when we look at the demands that group process control makes on our legal system we see that criminal law, or at least the kind of criminal law we are prepared to recommend, is limited by its objectives, which, as we have seen, entail value reinforcement and the achievement of a measure of regulatory control of what corporations do.

Even in terms of its objectives criminal law is largely limited by the kind of instrument it is. Because it stresses fault and employs formal procedures and rules of evidence as restrictions on state power, as we believe it should, it sacrifices some measure of efficiency. And because criminal trials focus primarily on single acts, they cannot fully evaluate and respond to broad courses of conduct undertaken within corporations. While offences like criminal negligence do require an examination of patterns of conduct, and while the due diligence defence does tend to shift attention away from single incidents to overall practices, the emphasis remains on interpreting an isolated act to determine whether fault can be associated with it. Criminality is evaluated in terms of the act referred to in the criminal charge, and sanctions, whether fines, restitution, damages or specific directives as to future conduct, are necessarily related to the criminal act in issue in that proceeding.

The criminal trial, then, is not really a suitable forum for re-organizing a corporation's structure or reforming its business practices. While there are many creative measures that could be introduced through a more flexible sanctioning system than we presently have, the criminal trial is not inherently a regulatory device and simply provides a medium through which selective responses can be made to proven deviant acts.

But even with a higher capability in our criminal courts for dealing creatively with corporate behaviour, to use the criminal law as a primary vehicle for controlling corporations would be largely ineffective. Some situations may prove to be simply too large, or perhaps too politically charged, to allow for adequate resolution through the criminal law, especially where they involve large corporations delivering essential services. It may be necessary, if effective action is to be taken to protect the public interest, to submit the entire corporate operation to scrutiny in a special inquiry, and to look to remedies like nationalization or trusteeship. Again, the limited ability of the criminal process to examine the overall course of conduct of an organization, and to reshape organizational patterns, forces us to rely on other methods of control.

On another level, criminal law is difficult and expensive to enforce, and at best responds sporadically to unlawful conduct. While it is impossible to estimate the level of effectiveness of criminal law in this area, our impression from discussions with people involved in the investigation and prosecution of corporate criminal activities is that enforcement only touches the tip of the iceberg. Among many reasons for this are the lack of sufficient enforcement resources; the secrecy surrounding some corporate activities; the lax enforcement of laws that require information to be supplied; the need for greater expertise in investigation; the time taken up in single investigations and trials; and the difficulties involved in documenting cases that will meet standards of proof required in criminal trials. But the most significant reason may well be the sheer size of the problem. Many of the offences prescribed in our statutes and regulations are not founded on a common morality; either they do not have meaning to many of our citizens or the attitude is simply that if they can't be enforced they

are not to be regarded as law. And Parliament has created so many offences that, at best, efforts must be concentrated on the enforcement of serious ones, and even then on a selective basis. Setting rules and trying to catch those who break them is simply not, we think, an efficient way of achieving compliance with regulatory goals.

Some laws, of course, are easier to enforce than others. Those whose breach has a high visibility factor, such as Sunday closing laws, can be detected readily; and if prosecuted diligently in the courts and enforced through sanctions that make it economically unsound to violate them as a matter of practice, success can perhaps be achieved through the criminal law. But with less visible activities, securities' law violations, for example, the sophisticated investigation that is necessary lowers significantly the risk of detection. And the lower the risk of detection the lower the chances that a criminal penalty will outweigh the benefits flowing from a pattern of behaviour that violates the law. And while, obviously, a threat of a jail sentence for a corporate executive will be more of a deterrent than the prospect of a corporate fine that can simply be passed to the consumer, neither will have much impact if there is little chance of being caught.

We are not suggesting that criminal laws can never have an effect in the absence of diligent enforcement. Clearly in some cases they can. Many businessmen do conform to laws simply because they are there. Many offences only formalize what are good business practices in any event. But with offences that are not founded in business ethics or common morality, expectations of compliance seem to be rooted firmly in the capacity of the law to be enforced. We can, of course, increase our enforcement capability. We could pass laws requiring greater openness of corporate operations. More resources could be devoted to enforcement. But even with significant improvement in these areas, criminal law would still be an inefficient way of promoting compliance with public interest goals. Without a level of surveillance that would infringe upon our respect for privacy, and without harsh responses that would violate our democratic traditions, we do not see the criminal law model being effective as a primary approach.

Of course the criminal law does not operate in a vacuum. Controls are provided through other legal techniques, and the challenge of group process control is really one of melding a variety of approaches into a body of law that will encourage responsible decision-making. We use, and should perhaps encourage increased use of, economic incentives to influence policy choices within corporations through conditions imposed in tax concessions or government grants. We also make use of other administrative techniques, such as setting and enforcing standards for carrying out certain activities, and licensing those who wish to engage in them. Even here, of course, standards and conditions require enforcement if they are to be effective, but the problems are less difficult than those of the criminal process. Demands for information within an administrative framework can be justified in terms of program efficiency and regarded as less of an infringement of liberty than similar demands within a criminal process. Inspections can be made. Adjudication can be less formal, and attention can be focused on a course of conduct within a corporation rather than on isolated acts. Administrative orders can be issued quickly, to force non-conforming practices to be curtailed; questions of criminal responsibility are largely irrelevant where an activity threatens to injure people or destroy property, and one of our most important needs is a legal basis upon which governments can intervene swiftly to stop harmful practices and to seize injurious products. Where sanctions are necessary they can be imposed as administrative penalties without the trappings and stigma of criminal proceedings, subject to being supported in court proceedings. An administrative model offers more scope for using varied approaches to influence corporate behaviour and is therefore a more suitable regulatory vehicle than the criminal law. It is also more helpful than a prohibitory model to corporations who are seeking ways to conform their practices to accepted standards.

Emphasis must also be placed on the importance of internal regulation of corporations. Modern corporate legislation is focusing increasingly on minority shareholders' remedies and directors' obligations. It may be that further consideration will have to be given to more radical proposals like public interest representation on the boards of our larger corporations. And even civil remedies

can prove to be effective techniques for controlling corporations, especially if easier access to civil courts is provided through some of the techniques that appear to be emerging: class actions, for one, and government-sponsored suits on behalf of consumers, for another. Treble damage suits, such as those used in anti-trust legislation in the United States, are another example of civil control although the punitive damages awarded in these suits should be discretionary and based on considerations we stressed in our discussion of group sanctioning.

Civil remedies have the added advantage of providing a more suitable basis than criminal law for compensating people for injuries attributable to corporate activities. While earlier in this Working Paper we stressed the importance of restitution in a scheme for corporate sanctioning, and while we feel this should be a component of a sanctioning scheme in a legal system that emphasizes the use of regulatory offences, we hasten to add that we do not regard it as a satisfactory vehicle for imposing a system of financial responsibility on corporations. Making recovery dependent on the successful mobilization of the criminal justice system is hardly an efficient way of achieving goals related principally to the transfer of wealth. The kind of assessment that must be made is more suited to civil courts, and we would prefer to see these needs satisfied by civil responsibility standards in regulatory statutes.

Of course, to properly evaluate each of these alternative approaches would require extensive research, and we do not presume to do more here than to raise them as possible alternatives that, either alone or in combination, can be equally or more effective than criminal law to support policy choices for controlling corporate action. Some of these techniques are already in use. And while some could be implemented by the federal Parliament, others perhaps could not. One of the problems we face in Canada is that legislative authority is divided under our constitution. Effective ways of handling problems will not always be within the capability of a particular government so that cooperative federal-provincial action may be required if a coordinated approach to corporate control is to be developed.

Different techniques of control are capable, to some extent, of supporting each other, so that the use of administrative controls

like mandatory inspections and compulsory reporting may conduce to more effective criminal controls by increasing the rate of detection and allowing for better documentation of cases to secure criminal convictions. This is especially true where alternative measures are provided in a single statute and coordinated through a central authority. It is less true where jurisdiction is split between federal and provincial agencies, or even between agencies of the same government, although even here coordination of effort is often achieved. It appears, then, that as our capacity to deal with problems in ways other than the criminal law increases, so does our capacity to deal with matters within the criminal law. This forces us to face an important issue: When should we use the criminal law and when should we stress other ways of responding to situations?

In general, we advocate an attitude of restraint in using criminal law, a position we have consistently taken in our Working Papers. Parliament should consider carefully whether it wishes to add to the proliferation of offences by inserting criminal provisions in new legislation, or whether other measures would be as effective to achieve its goals. And where offences are prescribed, restraint should be exercised in their enforcement so that the criminal process is used principally where other methods have failed to secure legislative goals and where a suitable basis for resolving the problem cannot be found outside it. Criminal law should not be the routine response we make as a society to conduct that does not conform to rules we wish to establish. As a matter of broad policy, therefore, we would encourage the development of alternative measures, placing more emphasis on administrative and civil controls than on criminal ones.

Related to the need for developing alternative techniques for encouraging responsible decision-making within corporations is the need to question why certain forms of criminal conduct occur within corporations. Part of the reason, we have already suggested, may lie in the proliferation of unenforceable legislation. Part of it may lie in attitudes that support different moral standards for business activities than for "every-day" activities. But if some of our corporate crime can be traced to the pressures of operating in a competitive economy—if there is truth in the observation that it

is the businessman under pressure who cheats—perhaps there is a need to look at our business assistance programs as we upgrade our criminal process. Or if, as others have observed, corporate crime is committed by dishonest people who take advantage of our failure to restrict the use of incorporation as a way of organizing, perhaps we should be looking more carefully at ways of limiting access to corporations by those with criminal tendencies.

Nor can we ignore the fact that corporate criminals often feed off other corporations that fail to adopt preventive measures to reduce their susceptibility to fraud. Corporations can be easy victims, and perhaps it is necessary to focus on positive steps to frustrate those who thrive on the failure of corporations to take simple precautions. We raise these points, not to advance theories on why we have "white collar crime" or to advocate measures that should be used to combat the phenomenon, but only to make the point that we should not be diverted, by demands for better criminal law enforcement and for more criminal responsibility, from the need to inquire into more fundamental problems surrounding conduct within corporate institutions.

The success of any approach, of course, whether it be civil, administrative or criminal, is largely dependent on the people who operate within the system, the resources that are made available to do the job, and the political climate within which regulation is attempted. The recommendations we have made in this Working Paper for a criminal sanctioning model are worthless unless people in the system are prepared and equipped to use criminal law effectively. Similarly, administrative controls are useless if they become subjugated to the processes they are designed to regulate. Much depends on societal attitudes towards corporate control and the extent to which positive attitudes are reflected in our political processes. In recommending greater emphasis on administrative and civil controls, then, we do not mean to overlook the fact that these models too have their limitations; we simply point out that the limits of these processes should be exhausted before criminal law is invoked as an ultimate response.

Summary of Main Conclusions

While our general approach is to call for restraint in using the criminal law as a way of regulating corporations and other groups, we cannot ignore the fact that anti-social acts do occur in the course of their activities. If criminal law is to be a respected force in society, it is important that these acts not be treated more leniently than anti-social acts in the streets. To ignore, for example, evidence of fraud or corruption in corporations, to ignore deliberate or even careless action that threatens to destroy order within the economy, can create the dangerous impression that people and groups controlling economic power are beyond the law. The integrity of the criminal justice system, therefore, would seem to demand a basis for assessing group conduct in relation to the behavioural standards we support in the criminal law.

Clearly there is a need for standards of personal accountability, and we have attempted to articulate a basis for criminal responsibility that relates fault to responsibilities actually exercised by people within corporations. People should be held responsible for "real" crimes where they have participated in causing a prohibited harm, either intentionally or with knowledge of the risk that the harm will occur. They should also be responsible if they acquiesce in criminal activities while having the authority to prevent them.

In addition to the criteria set forth for "real" crimes, people should bear responsibility for regulatory offences they participate in without taking reasonable steps to avoid, or where they fail to act reasonably to prevent offences by others they have responsi-

bility to supervise. In short, responsibility for regulatory offences should be based on the negligent performance of duties within the corporation and the onus should lie on an accused to show that he exercised due diligence.

We have taken the position that a corporation should be held criminally responsible for the conduct of its officers, agents and employees causing a prohibited harm if the harm is related to policies adopted by the corporation to achieve its objectives, to the corporation's accepted practices, or to the failure of corporate policy-makers to take steps to prevent its occurrence.

From a practical standpoint, the onus would be on a corporation charged with an offence to show the absence of fault. A corporation could be held criminally responsible for a "real" crime if the facts presented by the prosecution would lead a reasonable person to infer that the acts or the risks in question must have been known to management. The corporation could, however, raise the issue of actual knowledge and call witnesses to show that those responsible for policy relating to the activity in issue did not have the necessary knowledge to warrant the criminal conviction of the corporation.

For regulatory offences the prosecution would only have to prove that the prohibited harm had occurred. But the corporation could raise a defence of due diligence, showing at a minimum that all reasonable care to prevent the offence was taken by officers and employees to whom supervisory responsibilities were delegated.

We have left open to some extent the question whether similar standards should apply to unincorporated groups and to certain classes of corporations (e.g. Crown corporations), but we have stressed that notions of group criminal responsibility need not be restricted to corporations. There is nothing special about the corporation that qualifies it to be held criminally responsible to the exclusion of other group structures. While we have not looked in any detail at groups other than corporations, we believe that the considerations we have raised supporting and limiting criminal law as a means of controlling corporations are relevant in deciding whether to extend criminal responsibility to other groups.

Success with group responsibility in the criminal law would seem to rest largely with the approach taken by courts in sanctioning offenders. More attention should be placed on organizational patterns within corporations. Economic sanctions may fall unfairly on shareholders who have no direct involvement in the criminal activities of the corporation and who may be incapable of taking effective action to change the course of corporate decision-making.

Sanctioning corporations must occur on the basis of a more detailed understanding of economic factors that relate to the commission of the offence and to the effects of the sanction on the corporation and on the community of interests within which it operates. Considerably more expertise must be brought to bear on the sanctioning process if criminal sanctioning objectives are to be realized.

In addition, more attention will have to be placed on the range of disposition options available to courts. While fining corporations for criminal violations is a possible sanction it should not be principally relied on. It is too limited to achieve the full range of objectives of corporate sanctioning, which includes denouncing behaviour, changing behavioural patterns within corporations and compensating victims.

Consideration should be given to formulating a more equitable basis for fining corporations, using economic analysis to adapt the day-fine concept to corporate offenders in order to equalize the marginal deprivation imposed on corporations in relation to such factors as profits, total assets and capacity to deflect a fine.

Fines should not be used to deprive the corporation of illegal profits. A separate sanctioning authority should be available to judges to estimate illegal profits and to order payment.

More attention should be placed on the capacity of corporate offenders to make restitution to victims and to pay damages for injuries inflicted on the general public through the commission of criminal offences. Amounts paid by corporations pursuant to judicial estimates of illegal profits could be used to finance measures to improve the public's protection against corporate abuses.

Further consideration should be given to developing the potential of sanctions like adverse publicity and those that involve

more direct action by the court to counter unlawful corporate activities.

We have also suggested that some of the difficulties facing courts in sanctioning corporations may be alleviated in appropriate cases through experimentation with negotiated sanctions, allowing victims and offenders to voluntarily negotiate a sanctioning proposal for a court to approve. This approach could be adopted after conviction, or, as a diversionary technique, at a pre-trial stage of proceedings.

Our call for restraint, then, does not imply the need to refrain from sharpening the tools of the criminal law to deal with criminal acts that take place in a corporate or group context. Nor does it imply immunity for corporations or corporate executives. It simply reflects our view that there are limits on the extent to which the tools can and should be used and that other approaches seem to provide a greater potential for control over group action.

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 16

responsabilité pénale et conduite collective

1976

© Droits de la Couronne réservés

En vente chez Information Canada à Ottawa, K1A 0S9
et dans les librairies d'Information Canada:

HALIFAX
1683, rue Barrington

MONTRÉAL
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA
171, rue Slater

TORONTO
221, rue Yonge

WINNIPEG
393, avenue Portage

VANCOUVER
800, rue Granville

ou chez votre libraire.

Prix: Canada: $2.00
Autres pays: $2.40

N° de catalogue J 32-1/16-1975

Prix sujet à changement sans avis préalable

Information Canada
Ottawa, 1976

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Commission

Honorable E. Patrick Hartt, président
Honorable Antonio Lamer, vice-président
D[r] J. W. Mohr, commissaire
D[r] Gérard V. La Forest, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Phil., LL.B.

Conseiller

Alan D. Reid, B.A., B.C.L., LL.M.

Attachés de recherches

Jerome Atrens, B.A., B.C.L.
Douglas Betts, B.A.
Tanner Elton, B.A., LL.B., LL.M.
Patrick J. Fitzgerald, M.A.
Brian Hogan, LL.B.
Keith B. Jobson, B.A., B.Ed., LL.B., LL.M., J.S.D.
Mark Krasnick, B.A., LL.B.
Carol Tennenhouse, B.A.
P. Louis Waller, LL.B., B.C.L.

Table des matières

	PAGE
Avant-propos	ix
Introduction	1
La responsabilité pénale des compagnies—le droit actuel	5
La responsabilité de l'individu	6
La responsabilité de la compagnie	7
La portée de l'étude	9
Le crime proprement dit et l'infraction réglementaire	11
La responsabilité pénale de l'individu et de la compagnie —l'élément de faute	15
La responsabilité de l'individu	15
La responsabilité de la compagnie	20
La faute de la compagnie et la diligence raisonnable	25
Rapports entre la responsabilité de l'individu et celle de la compagnie	33
Arguments en faveur de la responsabilité de la compagnie	33
A la recherche d'un équilibre	38
L'imposition d'une sanction à la compagnie délinquante	41
Observations sur le système actuel	41
Objectifs à atteindre dans l'imposition de la sanction	44

PAGE

Les implications du processus collectif 47
a) Considérations d'équité 47
b) Considérations d'efficacité 49
La compagnie et le pouvoir économique 51
a) Le redressement des torts 52
b) La compagnie dans le système économique 53
La négociation de la sanction 55

La responsabilité pénale collective dans un contexte plus vaste 59

Le rôle limité de la responsabilité pénale à l'égard de l'activité des compagnies 65

Résumé des principales conclusions 75

Avant-propos

Ce texte est le troisième document de travail que nous publions sur les principes généraux du droit pénal. Le premier de ces documents, *La notion de blâme*, s'interroge sur le type d'état d'esprit qui devrait sous-tendre la responsabilité pénale. Le second, *Les confins du droit pénal*, pose le problème des limites d'application du droit pénal. Le présent document reprend ces questions en y ajoutant une nouvelle dimension, celle de la conduite collective. Il part du principe généralement reconnu dans la plupart des traités modernes de sociologie, de science économique et de science politique, à l'effet qu'il y a risque de conflit entre les intérêts spécifiques du groupe, les intérêts plus généraux de la société dans laquelle il évolue et les intérêts particuliers de ceux qui composent cette société. Nous examinons dans ce document la place du droit pénal face au conflit qui oppose ces divers intérêts, en mettant l'accent sur la responsabilité ou responsabilité du groupe ou pour reprendre l'appellation traditionnelle, sur la responsabilité pénale des compagnies.

En choisissant le droit pénal comme point de départ d'une incursion dans la conduite des groupes ou conduite collective, nous avons pris jusqu'à un certain point une décision arbitraire. Nous aurions pu tout aussi bien, et cela eût été plus facile, aborder le problème sous l'angle de la réglementation administrative ou de la responsabilité civile. Comme nous le soulignons dans ce document, le défi que présente l'instauration d'un contrôle juridique sur le comportement collectif provient de la nécessité de fondre des approches de divers ordres en un ensemble législatif qui encouragera les décisionnaires à prendre leurs responsabilités. L'importance que nous attachons à la modération dans le recours au droit pénal nous incite inévitablement à mettre l'accent sur des façons non pénales d'atteindre cet objectif.

Si nous avons choisi cette perspective particulière, c'est surtout parce qu'elle nous donnait l'occasion d'approfondir la nature et l'objet du droit pénal. Dans *La notion de blâme*, nous avons limité notre étude à la délinquance des personnes physiques; or en réalité un grand nombre d'infractions de responsabilité stricte vise davantage les compagnies que les individus. Nos documents de travail sur la détermination de la peine et le prononcé de la sentence portent surtout sur l'application des sanctions pénales aux personnes physiques, en dépit du fait que le droit pénal actuel permette de prononcer des sanctions à l'égard des compagnies. Aussi nous sommes-nous sentis obligés de nous interroger sur le rôle que devrait jouer le droit pénal dans le contrôle des activités collectives et sur les problèmes que soulève l'utilisation d'un tel instrument dans la poursuite de cet objectif. Nous avons pris la compagnie pour cible, mais nous ne restreindrons pas la discussion au problème particulier de la responsabilité des compagnies.

Le document adopte surtout une approche théorique. Il faut déplorer à nouveau la rareté des données empiriques utiles qui existent sur les activités criminelles des compagnies. Les connaissances que nous possédons et qui ont un fondement empirique sont le fruit de consultations auprès d'administrateurs gouvernementaux, de procureurs de la Couronne, d'enquêteurs de police, de membres du barreau et de corps intermédiaires préoccupés par ces questions. Nous nous sommes servis de deux documents de soutien rédigés à cette fin. «The Criminal Liability of Corporations and Other Groups», de Leonard H. Leigh, et «Vicarious Liability for Crime», de Brian Hogan. Nous tenons également à souligner la collaboration très précieuse de Philip Anisman, directeur de la recherche sur les corporations au ministère de la Consommation et des Corporations.

Nous nous rendons comptee que le présent document de travail n'est que le point de départ de ce qui doit devenir une discussion continue relative aux moyens d'appliquer aux compagnies et aux autres groupes qui opèrent au sein de notre société, des mesures grâce auxquelles les actes de leurs décisionnaires tiendront compte de considérations d'intérêt public. Nous invitons nos lecteurs à réfléchir sur ces questions et à faire connaître leurs opinions, idées et suggestions à la Commission.

Introduction

Dans les trente années qui ont suivi la deuxième guerre mondiale, les compagnies ont occupé une place grandissante dans notre société. La production des biens et leur commercialisation n'auraient pu atteindre les hauts niveaux qu'elles ont atteints sans l'action des compagnies; aussi en sommes-nous venus à considérer celles-ci comme le cœur de notre système économique. A bien y penser, leur influence intervient constamment dans notre vie quotidienne: nous leur achetons des biens de consommation; nous habitons les maisons qu'elles construisent; nous respirons l'air et buvons l'eau qu'elles ont pollués; elles nous fournissent une bonne part de nos divertissements; enfin, nombreux sont ceux qui travaillent pour elles ou détiennent de leurs actions. Les entreprises industrielles ou commerciales, les banques, les compagnies d'assurance prennent des décisions qui influent sur le développement de la société, sur les produits mis à la disposition du public, sur la façon dont les gens sont employés, sur les logements dans lesquels ils demeureront, sur la répartition de la richesse collective et sur la qualité de l'environnement.

Ce serait toutefois présenter une vision déformée des compagnies que de leur attribuer un tel pouvoir. Il est important de souligner que la compagnie est avant tout composée d'individus, et que sa pertinence au plan juridique provient du fait qu'elle constitue un mode d'organisation grâce auquel des individus peuvent prendre des décisions qui ont ces diverses répercussions pour l'ensemble de la société. Ainsi la personnalité morale qui s'attache à la compagnie permet à ceux qui la forment de transiger avec des

tiers en tant qu'entité collective, et d'exercer collectivement bon nombre des pouvoirs d'une personne physique, dont celui de posséder des biens, de passer des contrats, d'ester en justice, etc. . . La limitation de la responsabilité civile qui caractérise les compagnies permet d'y investir des fonds sans risque de responsabilité financière illimitée en cas d'échecs. Cette particularité a ouvert aux corporations de grandes possibilités d'investissement et, en conséquence, encouragé leur développement.

En tant que mode d'organisation, la compagnie s'est avérée d'une grande souplesse. Elle sert à toutes sortes de fins, qu'il s'agisse d'une entreprise commerciale petite ou grande, d'une œuvre de charité, d'un club récréatif ou d'une institution financière. Elle est de dimensions fort variées, elle va du petit magasin du coin qui s'est peut-être incorporé pour des raisons fiscales, jusqu'aux grandes sociétés multinationales créées pour tirer profit dans différents pays de conditions avantageuses au niveau de la main-d'œuvre, du marché, de la situation financière ou du régime fiscal.

Naturellement, la structure varie d'une compagnie à l'autre, compte tenu de ses objectifs, de son importance et de la nature de ses activités. Certaines sont dites «publiques», c'est-à-dire que la propriété en est répartie entre plusieurs personnes et que le public peut acheter de ses actions. D'autres sont dites «privées», ce qui signifie que la propriété est concentrée entre les mains d'un petit nombre d'actionnaires et qu'elle est fermée au public. Les systèmes de gestion varient également; certains centralisent l'autorité alors que d'autres la décentralisent.

Bien qu'il soit essentiel de reconnaître son importance en tant que mode d'organisation, nous envisageons la compagnie sous un angle différent lorsque nous parlons de l'influence qu'elle exerce dans la société. Notre intérêt ne découle pas tellement de la structure juridique particulière dont on se sert pour atteindre un objectif. Il tient plutôt au fait qu'en temps normal, le fonctionnement de la compagnie suppose un processus collectif, lequel est parfois simple et parfois fort complexe. Il n'y a pas seulement des actionnaires qu'on pourrait considérer au plan juridique comme constituant la compagnie; il y a aussi ceux qui occupent des emplois essentiels et, par conséquent, en assurent la direction, soit comme administrateurs, soit comme gestionnaires. De plus, la compagnie comprend des employés: ceux-ci, grâce à leurs compétences techniques,

mettent ses politiques à exécution. La plupart des compagnies fonctionnent donc grâce aux efforts conjugés de nombreuses personnes remplissant divers rôles.

Notre décision d'étudier le problème posé par les corporations est en fait le reflet de l'intérêt plus général que nous portons à l'impact qu'ont les «groupes» dont l'activité collective permet d'exercer le pouvoir de façon anonyme, souvent en l'absence de tout sentiment et de tout sens des responsabilités. Nous nous préoccupons de ce qui arrive aux individus à l'intérieur de ces «ensembles», et de la manière dont les pressions exercées sur eux par les groupes et les sous-groupes en vue de les inciter à se conformer à certains modèles de comportements, peuvent atténuer la responsabilité qu'ils ressentent pour avoir contribué à la réalisation de résultats socialement préjudiciables causés par l'action du groupe. Nous désirons nous pencher sur la question de savoir comment sont prises les décisions collectives et qui y contribue. Cependant, notre principale inquiétude découle du fait qu'il est possible de faire valoir des valeurs et des intérêts par l'intermédiaire de groupes puissants, au détriment des valeurs et des intérêts partagés par des groupes et des individus moins puissants.

Bien que les objectifs de plusieurs de nos compagnies, soit le profit et la croissance, suscitent des progrès importants dans les techniques de production et de commercialisation, et que le consommateur canadien en retire des avantages indéniables, il ne faut cependant pas oublier que les décisions ayant mené à cette évolution technologique ont aussi eu des répercussions néfastes. Parfois elles font sentir leurs effets auprès de la société dans son ensemble; on n'a qu'à penser à l'épuisement des ressources et à la pollution de l'environnement. Parfois elles affectent directement des individus; c'est le cas des préjudices causés par des normes de production et de mise en marché inadéquates. Le fait que plusieurs compagnies viennent en contact avec quantité de gens, accroît d'autant le risque qu'une forme quelconque de préjudice découle de leurs opérations. Un constructeur d'automobiles qui n'adopte pas les normes de sécurité prescrites peut causer un tort irréparable. Il en est de même d'une usine située en bordure d'une grande voie navigable.

La société dans son ensemble doit prendre ses responsabilités face aux effets nuisibles occasionnés par les agissements des com-

pagnies. Elle doit dédommager ceux qui subissent un préjudice en raison de certaines de leurs activités; elle doit mettre fin à d'autres de leurs actes lorsqu'à la longue, ceux-ci risquent de s'avérer dommageables à trop de gens ou d'occasionner à la population des pertes d'ordre plus général; elle doit enfin créer à l'intérieur des compagnies un climat de respect envers les intérêts de ceux qui ne font pas partie de leur monde.

De plus en plus, au fil des années, on a senti la nécessité d'exercer certains contrôles sur le fonctionnement des compagnies, et de mettre au point des politiques visant à harmoniser leurs intérêts particuliers et l'intérêt public. A cette fin, il faut créer un cadre juridique pour contribuer à la réalisation de ces politiques. Nous n'avons pas l'intention, dans ce document de travail, d'examiner des problèmes de fond qui touchent au contrôle de l'activité des compagnies, tels que les circonstances dans lesquelles il convient d'empêcher les fusions et l'établissement de monopoles, ou encore la question de savoir jusqu'à quel point on devrait empêcher les compagnies de polluer l'environnement en cours de production. Nous tenterons cependant d'analyser le rôle joué par un moyen traditionnel de contrôle juridique, en l'occurrence le droit pénal, dans la mise à exécution de politiques sociales visant à régler ce genre de problèmes. Nous espérons, en ce faisant, atteindre un objectif ayant plus d'envergure que le simple énoncé de recommandations en vue de l'imposition d'une responsabilité pénale à la compagnie et à ceux qui évoluent en son sein. Nous souhaitons donner à tout le moins un aperçu des difficultés que comporte l'application des concepts de responsabilité pénale aux situations de «groupe» en général, et des limitations du droit pénal comme moyen d'injecter un sens élevé des responsabilités au sein des compagnies et des autres groupes.

Nous commencerons par une brève étude du droit actuel de la responsabilité pénale eu égard à l'activité des compagnies, pour ensuite discuter de certaines questions de politique générale que soulève le recours au droit pénal relativement à la conduite de ces personnes morales.

La responsabilité pénale des compagnies—le droit actuel

De moins en moins les compagnies échappent à l'application du droit pénal. Leurs activités étant soumises à une abondante réglementation, il existe une multitude d'infractions pénales qui limitent leur marge de manœuvre. Ces dispositions restreignent leur capacité d'obtenir des capitaux, régissent leurs modes de production, contrôlent le fonctionnement de leurs usines, veillent à assurer la qualité de leurs produits, restreignent la publicité qu'ils peuvent faire à leur sujet et limitent leur liberté d'action en ce qui concerne la mise en commun de leurs ressources et la formation de cartels.

Même si la plupart des ces dispositions ne figurent pas au Code criminel, le droit pénal traditionnel ne s'applique pas moins aux compagnies. Nous en sommes venus à savoir comment des fraudes et des vols peuvent se commettre à l'intérieur de leurs cadres, et quelles conséquences ils peuvent avoir pour les consommateurs, les gouvernements, d'autres entreprises et organismes divers. Même les infractions qu'on associe d'ordinaire à un comportement personnel, comme celles qui touchent à la violence, au détournement de biens, à la corruption et à l'intimidation, peuvent relever de l'action de la compagnie. Ainsi la corruption, l'intimidation et la violence qui sont censées affliger certains secteurs de la construction, illustrent la façon dont la criminalité traditionnelle peut se manifester au cours de conflits mettant aux prises les compagnies et les syndicats pour mener au gaspillage des ressources, à la hausse des coûts, au déclin des normes de construction et à la détérioration du climat social. Bien que la gamme des infractions

possibles soit plus restreinte dans le cas des compagnies que dans le cas des individus, le Code criminel n'en fournit pas moins des standards qui permettent de mesurer la conduite d'une compagnie.

Il est donc important de voir de quelle façon, à l'heure présente, le droit pénal impose la responsabilité qui découle des activités criminelles adoptées par les compagnies dans le cours de leurs opérations. Un bref survol du droit actuel permettra de constater que celui-ci fournit une base applicable à la compagnie elle-même et à ceux qui en font partie.

La responsabilité de l'individu

Il est possible d'imputer à un individu la responsabilité des activités de la compagnie par le biais de deux approches connexes. Premièrement, grâce à la doctrine pénale qui considère responsables non seulement celui qui commet un acte criminel, mais aussi celui qui l'aide beaucoup, le conseille ou conspire avec lui pour commettre cette infraction. C'est à partir de cette doctrine que des accusations pénales traditionnelles de fraude, de vols, de violence et d'intimidation peuvent être portées contre des individus qui ont eu un comportement criminel dans l'exercice des activités de la compagnie.

Deuxièmement, la responsabilité individuelle ressort de dispositions législatives selon lesquelles les dirigeants, administrateurs et représentants de la compagnie sont tenus responsables des infractions commises par cette dernière. Ces dispositions concernent souvent des infractions décrites par la loi en des termes qui, dans le contexte opérationnel d'une compagnie, les rendent plus applicables à celle-ci qu'à un individu; par exemple, lorsque le législateur déclare que «nul manufacturier ne doit», «nul détaillant ne doit», «nul importateur ne doit», il est clair que la responsabilité première des infractions incombe à la compagnie et non à ses employés ou agents. Ces dispositions particulières varient quelque peu d'une loi à l'autre. Certaines exigent la preuve de la faute du prévenu, d'autres partent d'une présomption de culpabilité et renversent le fardeau de la preuve, en invitant l'accusé à prouver qu'il

n'était pas en faute ou qu'il a exercé une diligence raisonnable; d'autres semblent à toutes fins utiles éliminer entièrement la faute dans certaines circonstances. Elles dépendent en grande partie de la preuve de la «criminalité» de la compagnie, bien que la condamnation proprement dite de celle-ci ne soit habituellement pas nécessaire. Quoique la plupart de ces dispositions soient rarement utilisées, elles expriment la responsabilité potentielle des individus qui prennent part aux activités criminelles de la compagnie.

La responsabilité de la compagnie

Dans le passé, on ne considérait pas les compagnies comme de véritables sujets de droit pénal. Il y avait plusieurs raisons à cela. Étant donné qu'elles ne peuvent ni penser ni agir d'elles-mêmes, on croyait qu'il était impossible de les tenir criminellement responsables. De leur côté, les tribunaux n'étaient pas prêts à leur attribuer une responsabilité, vu que le droit pénal regardait d'un œil défavorable l'imposition de la responsabilité pénale pour un acte commis par autrui. En outre, on pensait que la corporation outrepasserait sa capacité d'agir en commettant un crime. On percevait aussi des difficultés dans l'adaptation des procédures pénales lorsque l'accusée était une compagnie.

Toutefois, depuis le siècle dernier, les attitudes ont graduellement changé. Les tribunaux ont d'abord reconnu que les compagnies devaient être tenues responsables des crimes d'omission lorsque le Parlement leur avait imposé certaines obligations dont elles ne s'étaient pas acquittées. D'autres exceptions ont vu le jour qui firent de la nuisance, de la négligence criminelle, du libelle diffammatoire et d'outrage au tribunal des actes entraînant la responsabilité pénale. De plus, les tribunaux ont commencé à accepter l'idée qu'en sa qualité d'employeur, la compagnie doit, à l'instar de tout autre employeur, être tenue responsable de certains actes de ses employés.

Vers 1941, il est devenu évident qu'une compagnie pouvait se voir imposer la responsabilité pénale à titre de «personne» pour une infraction exigeant un comportement actif. Cette nouvelle attitude n'était pas surprenante car, dès 1906, le Parlement avait

identifié une compagnie à une «personne» au sens du Code criminel, sans donner aucune indication que la responsabilité devait être limitée à une classe particulière d'infractions criminelles.

En droit actuel, la responsabilité des compagnies repose donc sur deux fondements principaux. Le premier s'enracine dans la doctrine de la responsabilité pour le fait d'autrui; celle-ci incombe à la compagnie en raison des actes commis par ses employés et ses représentants. Le Parlement a adopté de nombreuses dispositions qui portent sur ce genre de responsabilité. Habituellement, elle est associée aux termes «infraction réglementaire», «disposition pénale», «infraction de bien-être public», et «infraction quasi pénale». Les avocats, les juges et les administrateurs emploient l'une ou l'autre de ces expressions pour distinguer certaines infractions de celles qu'on classe généralement dans la catégorie des crimes plus traditionnels. De plus, la responsabilité stricte, c'est-à-dire l'élimination de la notion de faute, va généralement de pair avec la responsabilité pour le fait d'autrui.

Le deuxième fondement de la responsabilité veut que la compagnie elle-même soit considérée comme le délinquant même si pour ce faire, on doive lui imputer la conduite de l'un de ses membres. C'est là le fondement habituel de la responsabilité pour les infractions visées par le Code criminel, de même que pour les infractions pénales crées par des lois autres que le Code criminel et qui exigent la preuve d'une faute. La faute est attribuée à la compagnie par l'identification de cette dernière avec le détenteur d'une fonction qui confère à celui-ci une certaine forme de contrôle sur le processus de décision à l'intérieur de la compagnie. Le tribunal cherchera les éléments constitutifs de la faute chez un responsable de l'administration, par exemple, et il assimilera le processus mental de ce dernier à celui de la compagnie. Les tribunaux font preuve de souplesse dans la détermination de la capacité des différentes catégories qui composent le personnel de gestion à représenter la compagnie. Il n'est pas nécessaire de trouver la culpabilité dans le conseil d'administration lui-même pour aboutir à une condamnation. Si le contrôle est laissé au directeur général, sa culpabilité sera suffisante en temps normal. Par contre, si le pouvoir est décentralisé et qu'il est délégué à plusieurs cadres administratifs, il est possible qu'on impute la faute de l'un d'entre eux à la compagnie.

La portée de l'étude

Cette brève vue d'ensemble du droit nous fournit donc un point de départ pour examiner l'application possible du droit pénal à des opérations qui entrent dans des structures socio-économiques complexes. Au cours de cette étude, nous soulèverons un certain nombre de questions. Sur quelle base peut-on légitimement rendre responsables des individus qui contribuent à un préjudice de nature criminelle par leur participation aux activités de la compagnie? Et inversement, dans quelle mesure la compagnie peut-elle être pénalement responsable de conduites qui peuvent être imputées à des individus qui travaillent pour elle? Que signifie le concept de «faute» dans l'évaluation de la responsabilité pénale collective d'un groupe? Ce sont là des questions auxquelles nous devons tenter de répondre en élaborant un fondement théorique à la responsabilité pénale telle qu'elle existe dans un contexte particulier comme celui d'une compagnie.

On doit également s'intéresser au problème de la détermination de la sanction à l'égard de la personne morale, surtout lorsqu'on impose des sanctions collectives à des délinquants qui sont des compagnies. Quelles implications le prononcé d'une peine a-t-il relativement au comportement des personnes qui œuvrent à l'intérieur des cadres de la compagnie, et à la collectivité où celle-ci exerce son activité?

En dernier lieu, quels résultats pouvons-nous atteindre en utilisant le droit pénal pour réagir aux comportements que secrète la structure propre aux compagnies, surtout lorsqu'il s'agit de ces grandes entreprises qui présentent une organisation très complexe et qui ont une influence considérable sur le genre de société qu'est la nôtre? Le droit pénal est-il en mesure d'aborder des problèmes de cette envergure? Est-il possible de le mettre à exécution? Peut-on attendre d'un système qui, traditionnellement, s'est concentré sur les actes isolés des individus, qu'il fournisse une réponse valable au comportement systématique que constitue souvent le fait des grandes compagnies où les activités de plusieurs personnes créent un mode de conduite menant au préjudice que nous voulons écarter?

Nous abordons ces questions dans les pages qui suivent.

Le crime proprement dit et l'infraction réglementaire

Une étude portant sur la responsabilité pénale ne peut ignorer les grands objectifs du droit pénal, et nous nous reporterons de temps à autre, dans ce document de travail, aux buts que nous considérerons importants relativement à l'application du droit pénal dans notre société. Nous avons fait une distinction dans un document de travail antérieur intitulé *La notion de blâme*, entre le crime proprement dit et l'infraction réglementaire afin de concentrer notre étude sur les buts du droit pénal; il en est résulté une proposition visant à classifier les infractions criminelles en ces termes. En effet nous avons parlé, dans un chapitre précédent, d'une distinction pratique que fait le droit pénal actuel entre le crime et l'infraction réglementaire.

Nous porterons aussi dans ce document de travail une attention toute particulière à cette distinction, car elle met l'accent sur l'importance de la «faute» pour la responsabilité pénale, de même que sur des problèmes de preuve, sur le choix des sentences et des mesures non sentencielles et, en général, sur la question de savoir si la responsabilité collective constitue un fondement acceptable à la responsabilité pénale qui s'attache à un acte posé par une compagnie. Les crimes proprement dits, nous l'avons dit, sont ceux qui mettent en cause les valeurs fondamentales de notre société. En mettant l'accent sur les valeurs considérées comme le fondement de notre système social, le droit pénal proprement dit œuvre en faveur d'une société dans laquelle elles sont respectées et se répercutent dans le comportement social. Il constitue la

réaction officielle à une conduite sociale qui affiche un irrespect des valeurs, et il est lié de façon inextricable à la notion de «faute». Un comportement intentionnel qui porte préjudice aux gens, les dépossède de leurs propriétés, limite leur liberté ou les expose à des intrusions désagréables, constitue autant d'exemples d'atteintes à des valeurs que la société considère suffisamment importantes pour accoler à ces comportements l'étiquette «criminels» et la stigmatisation qui accompagne le recours au système de justice pénale.

Le droit qui régit les «infractions réglementaires» suppose un objectif quelque peu différent. Il ne s'agit pas cette fois de respecter des valeurs, mais d'obtenir des résultats. Bien que les «valeurs» soient nécessairement à la base de toute prescription d'ordre juridique, c'est à l'occasion des infractions réglementaires que se développe l'optique suivant laquelle il est pratique pour la protection de la société et l'utilisation et le partage ordonné de ses ressources, que les gens agissent d'une certaine manière dans des situations déterminées, ou qu'ils adoptent des normes de prudence données pour éviter le risque que surviennent certains préjudices. Le but est d'inciter la population à se conformer aux règlements pour le bien général de la société.

Du fait que le souci premier des infractions réglementaires n'est pas de renforcer les valeurs fondamentales, la notion de faute devient moins importante. Bien que dans certains cas, il soit considéré juste d'imposer une responsabilité uniquement à ceux qui ont eu l'intention d'enfreindre une règle, on considère généralement acceptable de tenir pour responsables ceux qui ont été négligents; c'est-à-dire qui n'ont tout simplement pas pris les mesures adéquates pour s'assurer qu'un résultat ou un risque ne se produira pas.

Bien qu'il appartienne au Parlement de décider que les valeurs sont si fondamentales qu'elles exigent la protection du droit pénal proprement dit, nous avons suggéré que les crimes proprement dits soient clairement identifiés par leur inclusion dans le Code criminel. Il se peut que cela nécessite l'élimination de certaines infractions qu'on trouve présentement dans le Code et, réciproquement, l'inclusion de certaines infractions qui se trouvent dans d'autres lois. Il se peut aussi que cela nécessite l'établissement dans le Code d'infractions distinctes pour la violation intentionnelle ou inconsidérée des infractions réglementaires, ceci afin de satisfaire le besoin de faire la différence entre une conduite simplement négli-

gente et une autre entachée d'un élément de faute. La vente de viande avariée constitue un exemple d'une infraction réglementaire qui pourrait devenir un crime proprement dit lorsque la preuve démontre une faute plus grave que la simple négligence.

Nous nous rendons compte qu'il est difficile de nous attaquer dans ce document à un système de classification inexistant, mais nous croyons qu'il est important de développer notre analyse de la responsabilité pénale pour les actes collectifs à l'intérieur du cadre que nous suggérons pour notre futur Code criminel. En prenant des exemples, nous tenterons de nous servir de crimes bien définis, tels que le vol et la fraude, en partant du principe que ceux-ci tombent dans la classe des infractions que nous appelons crimes proprement dits.

Nous devons maintenant examiner la façon dont les deux approches, celles de la responsabilité de l'individu et de la compagnie, s'appliquent au crime proprement dit et à l'infraction réglementaire commise par l'intermédiaire de l'acte collectif. Nous essayerons en premier lieu de développer un fondement valable pour chaque approche, en prenant en considération l'importance traditionnelle de l'élément de faute dans le droit pénal. De là, nous examinerons l'interrelation entre les deux approches, en mettant un accent particulier sur une question de très grande importance pour cette étude: la responsabilité des compagnies a-t-elle sa place dans notre droit pénal?

La responsabilité pénale de l'individu et de la compagnie–l'élément de faute

La responsabilité de l'individu

Lorsque nous parlons de la responsabilité de l'individu, nous parlons de celle qui incombe à une personne en tant que participant à un acte commis par un groupe ou par une compagnie. C'est la responsabilité qui est liée à une relation particulière entre la personne et la compagnie; elle s'applique aux présidents de compagnies, aux administrateurs, aux cadres et aux employés qui, d'une façon ou d'une autre, ont participé à une action interdite par une disposition du droit pénal. Nous avons déjà souligné que notre droit pénal actuel crée une responsabilité pour ceux qui font partie de ces catégories, mais selon nous il ne réflète ni une uniformité au niveau de l'approche ni une acceptation des principes fondamentaux. Il ne répond pas clairement à la question: la faute doit-elle toujours être un élément essentiel de la responsabilité?—ou à la question: en quoi consiste la faute dans ces situations?

Le point de vue que nous avons adopté, dans *La notion de blâme*, relativement à la nature de la responsabilité pénale est d'une importance considérable lorsque nous abordons ces questions. Nous avons déjà accepté comme principe général que la responsabilité pénale devrait comprendre un certain degré de faute, soit par intention, soit par insouciance (selon la connaissance qu'a le

délinquant des circonstances dans lesquelles il agit ou du risque que crée sa conduite, soit encore par négligence (le défaut de se conformer à des normes de conduites jugées raisonnables).

Vu que le problème des compagnies avait été exclu de cette étude, nous devons maintenant nous demander si une notion particulière de «faute» est nécessaire en ce qui concerne les individus qui participent à des activités dans le cadre de la compagnie ou du groupe. Les personnes qui travaillent dans des compagnies devraient-elles avoir des normes de responsabilité pénale plus élevées que les personnes étrangères à celles-ci? Devraient-elles avoir des normes moins rigoureuses. On pourrait invoquer la sensibilité des gens à l'influence des pressions exercées par le groupe. Les gens peuvent être placés dans des situations difficiles du point de vue moral. Toutefois, ceci est vrai pour la vie en général; la famille, le milieu et les pressions économiques font qu'il est difficile à certaines occasions de se conformer aux valeurs sociales. En créant des exemptions par lesquelles certaines personnes se verraient exonérées de toute responsabilité pour des choix moraux, on minerait l'importance de normes générales permettant de mesurer leur conduite par rapport aux valeurs fondamentales que nous essayons de promouvoir par le biais du droit pénal.

Ceux qui œuvrent à l'intérieur d'un groupe devraient-ils avoir un niveau de responsabilité plus élevé? Devrait-il y avoir une responsabilité pour cause de simple association à un groupe, ou pour cause de simple occupation d'un poste désigné à l'intérieur de la compagnie, tel que celui de président ou d'administrateur? Là encore nous croyons que c'est aller trop loin. Les suggestions de ce genre peuvent habituellement être rattachées à deux considérations: premièrement à l'hypothèse voulant que les gens ainsi placés exercent un contrôle sur chacun des aspects du fonctionnement de la compagnie, ce qui est souvent faux; et deuxièmement, à la frustration ressentie lorsqu'on se sent incapable de déterminer la signification exacte des événements qui engendrent un résultat préjudiciable, ou même tout simplement de connaître ce qu'étaient les événements en question. Cependant, faire de la simple association le fondement de la responsabilité pénale équivaudrait à ignorer le fait que le comportement litigieux ne témoigne peut-être pas de l'irrespect des valeurs fondamentales qui est à la base du droit pénal proprement dit. De plus, cela reviendrait à ne tenir aucun

compte du fait que la simple imposition de la responsabilité pénale n'atteint pas les buts que se proposent les règlements, lorsqu'elle ne réaffirme pas la nécessité d'adopter des modèles de responsabilité réalistes à l'intérieur de la structure de la compagnie elle-même.

Selon nous, si l'on veut se servir du droit pénal pour encourager, chez les membres d'une compagnie, le sens de la responsabilité, il faut que l'élément de faute soit perçu comme une exigence essentielle de la responsabilité pénale de l'individu qui participe comme tel aux opérations de la compagnie. Bien que nous acceptions le concept suivant lequel ne devraient être responsables que les individus qui participent activement à un comportement illégal soit en posant l'acte incriminé, soit en aidant à sa perpétration, soit en l'autorisant, soit en établissant une politique dont la réalisation exige l'accomplissement de cet acte, la responsabilité ne devrait exister que s'il y a intention ou insouciance ou, dans le cas des infractions réglementaires, que s'il y a négligence.

Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a faute, la position de l'individu au sein de la compagnie est un facteur important. Par exemple pour savoir s'il recherchait un résultat donné, il serait important de savoir s'il avait accès à certaines sources d'information; toutefois on pourrait présumer d'un président de compagnie qui négocierait une soumission truquée, qu'il aurait normalement la connaissance et l'intention nécessaires pour justifier sa responsabilité criminelle, tandis que les employés subalternes qui l'assistent dans ses diverses fonctions peuvent ne pas comprendre complètement la nature de l'opération, et donc manquer de l'intention nécessaire. Ainsi, l'insouciance ou la négligence nécessaire pour justifier la responsabilité pénale, dépend beaucoup des fonctions que l'intéressé exerce à l'intérieur de la compagnie et du degré d'autorité qu'il possède dans une situation donnée. Par exemple, la responsabilité pénale du président d'une compagnie qui travaillerait au siège social à Toronto pourrait être perçue différemment, selon que les opérations litigieuses ont eu lieu à la succursale de Montréal ou à Toronto même.

Nous considérerons aussi qu'une responsabilité pénale devrait être assignée dans certains cas à des individus, même lorsque leur participation est de nature passive. Encore là, il faudrait cependant établir la faute en analysant le comportement de la personne en regard de ses responsabilités à l'intérieur de la compagnie. Nous

considérerons que l'assentiment est un facteur vital de la responsabilité d'une personne en cas d'acte criminel proprement dit. Il serait nécessaire de prouver que la personne était au courant de l'opération ou qu'elle a volontairement fermé les yeux, et qu'elle a manqué dans une mesure raisonnable d'exercer son autorité afin de l'empêcher. De même, le président ou l'administrateur de la compagnie qui a détourné son regard du comportement criminel de ses collègues de même niveau hiérarchique, tout en étant parfaitement conscient de ce qui se passait, doit assumer la responsabilité pénale découlant sinon de son intention, du moins de l'insouciance dont il a fait montre face à cette activité illégale.

Par ailleurs, en matière d'infraction réglementaire, il faudrait, pour qu'une personne soit déclarée responsable de sa passivité, qu'elle n'exerce pas ses fonctions de manière raisonnable afin de prévenir les actes contribuant à l'infraction. Il pourrait donc y avoir responsabilité pénale de la part d'un président ou d'un administrateur de compagnie pour une infraction réglementaire lorsqu'il n'a pas pris les mesures de prudence raisonnables pour empêcher des événements préjudiciables. De même, les cadres qui auraient manqué de prendre des mesures raisonnables contre les infractions éventuelles commises par les employés soumis à leur surveillance, auraient fait preuve de la négligence nécessaire pour justifier leur responsabilité pénale relative à une infraction réglementaire.

Prouver la faute, toutefois, peut quelquefois présenter des problèmes majeurs, surtout lorsque la faute implique la connaissance et l'intention. Il peut être difficile de déterminer qui, à l'intérieur de la compagnie, a en fait causé le préjudice ou y a contribué. De plus, comme nous l'avons déjà souligné, il peut s'avérer difficile, en matière de preuve de l'intention ou de la négligence, d'établir que ceux qu'on a identifiés comme participants connaissaient jusqu'à quel point leurs actes contribuaient au but criminel, ou au préjudice éventuel. Ces problèmes peuvent être moins aigus dans les petites organisations que dans les grandes, où des agents et employés peuvent avoir participé à une activité criminelle sans mesurer leur rôle dans la réalisation de celle-ci.

En ce qui concerne les décisionnaires, il se peut dans de nombreux cas que la preuve de l'intention criminelle doive être déduite d'un réseau complexe de circonstances qui peuvent ou non suffire à prouver la culpabilité au-delà du doute raisonnable. Lors-

qu'une affaire de ce genre repose sur l'autorisation d'actes criminels par des employés subalternes, il se peut qu'il y ait peu de preuve directe que le résultat ait été autorisé. Et lorsque l'acte litigieux résulte d'un simple assentiment ou même de l'inaction, il peut être difficile de faire la preuve de la connaissance de l'acte.

Une solution possible consisterait, dans ce genre de situations, à faire porter le fardeau de la preuve par l'accusé. En ce qui a trait aux infractions réglementaires, il se soulèvera assez peu d'objections. Comme nous l'avons mentionné dans *La notion de blâme*, beaucoup d'infractions de ce genre, sinon la plupart d'entre elles, entraînent la culpabilité sans qu'il y ait besoin de trouver la faute. Nous avons marqué notre désaccord sur ce point, et nous avons recommandé qu'on donne à l'accusé la possibilité d'établir l'absence de négligence de sa part, l'exercice par lui d'une diligence raisonnable. Cela suppose naturellement un transfert du fardeau de la preuve. Que la faute résulte de l'intention ou de la négligence, c'est à l'accusé d'établir son manque de faute eu égard à la participation qui lui est clairement attribuable.

Nous n'acceptons pas néanmoins cette solution quand il s'agit de crimes «proprement dits» reliés aux activités des compagnies. Bien qu'un renversement du fardeau de la preuve serait la façon la plus efficace d'assurer au tribunal la possession des renseignements nécessaires à l'établissement de la faute d'une personne accusée de fraude ou de vol dans l'exercice des opérations de la compagnie, nous croyons que le prix à payer pourrait être trop élevé. Si on exigeait d'une personne qu'elle réfute l'accusation d'avoir commis un crime «proprement dit», on irait carrément à l'encontre de la tradition du droit pénal qui consacre le droit de l'accusé à garder le silence en cour, et assujettit la responsabilité pénale à la preuve de faute au delà du doute raisonnable.

Nous ferions face aussi à la difficulté de restreindre la portée de cette règle. A quelle catégorie de délinquants s'appliquerait-elle? Aux administrateurs et aux dirigeants? Et à quel genre de complicité? A l'autorisation et à l'acquiescement, ou à d'autres formes de complicité? Et, si elle est limitée à certains genres de complicité, quel en serait l'effet sur la façon actuelle de porter une accusation par suite d'une infraction commise dans le cadre des activités d'une compagnie? il est facile de prévoir les risques du

renversement du fardeau de la preuve pour toute forme de participation à ce type d'infractions; on peut également entrevoir les difficultés considérables auxquelles on risque de se heurter si on essaie de choisir entre les nombreuses situations possibles afin de limiter l'application de la règle.

Dans la mesure où la recherche de la participation individuelle aux opérations de la compagnie est un obstacle à l'application effective de la loi, nous préférerions que s'élaborent des solutions mettant l'accent sur la nécessité d'avoir accès de façon plus complète à l'information relative aux activités de la compagnie. Les restrictions que contient le Code criminel actuel relativement aux perquisitions et aux saisies pourraient être assouplies dans le cas des compagnies, afin de permettre un examen plus complet des affaires de la compagnie par des enquêteurs qui soupçonneraient l'existence d'un comportement criminel. Les enquêtes sont parfois rendues difficiles par les exigences présentes voulant que les enquêteurs sachent d'avance ce qu'ils cherchent. Bien que nous serions contre l'octroi d'une autorisation sans restriction de mener des enquêtes sur le fonctionnement d'une compagnie, nous croyons qu'une plus grande liberté d'action pourrait être justifiée s'il existait un soupçon raisonnable quant à l'existence d'activités criminelles. Ce pourrait être là le prix à payer pour avoir le privilège de faire affaire à titre de compagnie.

La responsabilité de la compagnie

La responsabilité de la compagnie implique l'imputation à celle-ci de la responsabilité pénale des actes commis par des individus en son nom. Nous ne nous arrêterons pas aux actes commis par des personnes lorsque ces actes sont tellement éloignés des fonctions qu'elles remplissent au sein de la compagnie qu'ils ne sont plus que des actes purement personnels. Le vendeur qui se livre durant son service à des voies de fait sur la personne d'un client, serait normalement considéré comme agissant de son propre chef et non en sa qualité d'employé de la compagnie. Toutefois certains de ses actes, par exemple le fait d'exiger d'un client un prix exagéré,

peuvent être considérés comme reliés à ses attributions, surtout si le profit réalisé est perçu par la compagnie et non par le vendeur lui-même. Cependant, si un préposé à la sécurité employé par la même entreprise se livre durant son service à des voies de fait sur la personne d'un client, le rapport entre son comportement et ses fonctions au sein de la compagnie doit être examiné avec soin. Le genre d'infraction n'est jamais un facteur déterminant.

La première étape de l'imputation de la responsabilité à la compagnie consiste donc à lui imputer l'«acte» ou le comportement de la personne. Le groupe en tant qu'entité constituée en corporation ne peut agir que par l'entremise de ses membres, représentants ou employés. Il nous semble donc justifié de regarder les choses dans une large perspective et de considérer la conduite de ceux-ci, lorsqu'elle est inhérente à leurs fonctions et qu'elle est orientée vers le bénéfice de la compagnie, comme étant la conduite de celle-ci.

Mais cela suffit-il pour justifier l'imputation à la compagnie de la responsabilité pénale? Pouvons-nous simplement prendre connaissance de la conduite des employés et, de ce seul fait, en imputer la responsabilité à la compagnie? Que faire si cette dernière déclare que l'employé a agi sans autorisation, à l'insu de la gérance et en dépit des efforts accomplis dans le but d'empêcher que ce genre de situation se produise? *Si nous devons imputer la responsabilité pénale aux corporations il serait judicieux, selon nous, d'exiger que le mal résultant de l'action ou de l'inaction de ceux qui œuvrent à l'intérieur des cadres de la compagnie, soit relié aux politiques adoptées par cette dernière dans le but de réaliser ses objectifs, aux pratiques susceptibles de devenir courantes, ou à l'incapacité des décisionnaires de prendre les mesures préventives qui s'imposent.* Ces considérations introduisent l'élément de faute.

En droit pénal, la faute a plusieurs facettes. Certaines infractions, par exemple, ne requièrent qu'une intention générale de commettre un acte particulier faisant l'objet d'une disposition pénale. D'autres exigent une intention reliée aux objectifs propres au comportement de l'individu. D'autres encore supposent une connaissance spéciale. Certaines sont fondées sur l'insouciance ou l'omission, lesquelles requièrent généralement la connaissance des risques inhérents à certaines formes de comportement. Finalement, il y a les infractions de négligence. A quel point la notion de faute dans

le contexte propre à une compagnie est-elle compatible avec les divers types de fautes qu'on trouve dans nos lois pénales?

Nous nous intéresserons avant tout au crime «proprement dit», celui dont la faute consiste dans des concepts tels que la connaissance et l'intention. La connaissance et le but collectifs peuvent-ils s'identifier aux degrés subjectifs de faute qui sont à la base de tant de lois pénales et qui trouvent en elles leur expression? Est-il raisonnable de parler de la responsabilité des compagnies pour des infractions consistant en une faute subjective?

Inévitablement, l'élément de faute doit s'incarner dans des personnes physiques agissant au sein de la compagnie. La responsabilité de cette dernière doit être considérée comme une forme de faute collective au sujet de laquelle la compagnie constitue le point de mire symbolique. Dans un tel cas la faute de la corporation, du moins sur le plan théorique, semble exiger que les décisionnaires partagent le désir d'arriver à un résultat précis, ou qu'ils sachent qu'un certain résultat est susceptible de se produire par suite de leur action ou de leur inaction.

La tâche est relativement plus simple lorsqu'une seule personne établit les politiques dans un domaine particulier. Nous pouvons, à l'instar du droit actuel, tenir compte de sa connaissance et de son intention et conclure à bon droit qu'elle représente la «connaissance et l'intention» de la compagnie. Souvent, ce que nous apprenons au sujet du président d'une entreprise peut s'avérer très révélateur quant à l'entreprise elle-même. Mais lorsque plusieurs individus participent à l'élaboration des politiques, il est plus difficile de déterminer le degré de connaissance de chacun, de savoir si cette connaissance a été transmise à d'autres individus et s'ils étaient d'accord sur les objectifs visés par la décision collective. Dans des cas de ce genre, parler de la responsabilité de la compagnie pour des infractions comportant un élément intentionnel exige souvent de procéder au moyen d'une fiction. Ainsi on peut présumer que la connaissance et l'intention d'une seule personne représentent celles de tous ceux qui participent à l'élaboration des politiques à l'intérieur du système. Il se peut également que la responsabilité pénale de la compagnie découle de la connaissance et de l'intention d'un seul rouage du processus d'élaboration des politiques, et que cette intention criminelle ne se retrouve pas dans les autres rouages du mécanisme.

Si nous devons imputer aux compagnies la responsabilité se rattachant aux infractions nécessitant la connaissance et l'intention, l'unique solution nous paraît être de recourir à des fictions pour donner corps à l'élément de faute. *La responsabilité serait imputée à une compagnie pour les actes et les omissions de ses agents ou employés, lorsqu'il est évident que ces actes ou omissions étaient rattachés à des politiques choisies par un individu doté d'importants pouvoirs décisionnaires.* Formulée de cette façon, notre opinion sur la responsabilité des compagnies, du moins en ce qui a trait aux crimes proprement dits, serait plus large que le point de vue adopté par le droit actuel; celui-ci s'intéresse davantage à la position du délinquant au sein de la compagnie qu'au rapport existant entre son comportement et les objectifs de l'entreprise.

A cause des difficultés que crée l'établissement d'un rapport entre le comportement d'un mandataire ou d'un employé d'une part, et la connaissance et l'intention des personnes chargées de décider des politiques dans divers secteurs d'activité de la compagnie d'autre part, *nous croyons qu'il pourrait être nécessaire de renverser le fardeau de la preuve et d'imposer à la compagnie l'obligation de convaincre la cour que le comportement présumément criminel était étranger à la connaissance ou à l'intention des dirigeants de la compagnie qui auraient pu y être mêlés.* Cela signifie que si la cour était convaincue au-delà du doute raisonnable déduirait que l'administration devait être au courant de ces actes, la compagnie pourrait être condamnée. Il incomberait à cette dernière de soulever la question de la connaissance réelle des faits et de réfuter la conclusion qu'elle était au courant de ceux-ci en produisant des témoins pour démontrer que les responsables de la politique régissant le secteur d'activité concerné ignoraient ce qui se passait et que, par conséquent, ils ne désiraient pas le résultat.

Bien que cette solution s'écarte de la procédure habituelle relative au procès pénal, nous la croyons justifiée étant donné que nous traitons de questions impliquant des faits ou des renseignements connus seulement des membres de la compagnie. Elle ne fait qu'essayer d'en venir à un compromis satisfaisant entre les principes et les nécessités pratiques dans un domaine particulièrement difficile. Notre hésitation à faire une suggestion de ce genre plus tôt dans ce document de travail, plus précisément lorsque nous traitions de la question de la responsabilité de l'individu pour les

crimes proprement dits, s'appuyait sur l'optique traditionnelle concernant la liberté individuelle. Or à notre avis, le caractère contraignant de cette optique s'estompe quelque peu lorsque l'accusé est une compagnie.

Une conséquence procédurale du renversement du fardeau de preuve serait visible dans les procès impliquant conjointement la compagnie et ses dirigeants et employés. Le droit de la compagnie d'opter pour un procès avec jury devrait probablement être restreint, de crainte de porter préjudice à la situation des individus qui auraient choisi cette forme de procès. Il conviendrait peut-être d'exclure le jury si les personnes accusées choisissent de témoigner uniquement au nom de la compagnie. De plus, sans tenir compte de cette dernière raison, il serait nécessaire de reconsidérer le bien-fondé des procès avec jury lorsqu'il s'agit de compagnies. La raison d'être du jury est de sauvegarder la liberté individuelle. La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* l'a déjà exclu des procès intentés aux compagnies; de plus, la complexité du problème de la criminalité des compagnies peut justifier la décision de confier exclusivement au juge la détermination de la culpabilité.

A l'égard des infractions autres que celles qui impliquent les facteurs subjectifs tels que la connaissance et l'intention, il est alors plus aisé de définir la faute émanant de la compagnie. Point n'est besoin de passer au crible les processus mentaux des responsables de l'élaboration des politiques à l'intérieur d'une compagnie, pour savoir si les politiques et les pratiques de celle-ci comportent un élément de négligence. Il suffit de vérifier si la conduite adoptée par la compagnie est conforme aux normes objectives de prudence fondées sur le critère de l'homme raisonnable. Le principe des responsabilités des compagnies est donc, jusqu'à un certain point, plus aisément applicable aux infractions réglementaires, lesquelles n'exigent pas directement la conduite délictueuse personnelle qui est nécessaire à l'imputation de la responsabilité pénale pour les crimes proprement dits.

Mais la responsabilité pénale des compagnies pour des infractions réglementaires devrait-elle impliquer quelque idée que ce soit? Si tel est le cas, quels sont les problèmes particuliers qu'il est nécessaire de résoudre pour démontrer la faute des compagnies relativement à ces infractions? Ces interrogations soulèvent la question complexe de la responsabilité stricte, sur laquelle nous nous pencherons maintenant

La faute de la compagnie et la diligence raisonnable

Dans *La notion de blâme*, nous avons recommandé qu'il ne soit pas nécessaire d'associer à l'infraction réglementaire l'élément de *mens rea* que nous attribuons au crime proprement dit. Nous avons également affirmé le besoin d'une norme de culpabilité minimale, la négligence, et nous avons recommandé que toute personne censée avoir commis une infraction réglementaire ait toujours la possibilité de prouver qu'elle a fait preuve de diligence raisonnable dans le but d'éviter de commettre cette infraction.

Toutefois, nous nous sommes prudemment abstenus de décider si la même norme de culpabilité devrait s'appliquer aux compagnies. Nous avons fait remarquer que les valeurs sous-jacentes au moyen de défense fondé sur diligence raisonnable, soit la liberté et l'humanité, avaient peut-être moins de pertinence dans le cas des compagnies que dans le cas des personnes physiques. Nous avons laissé cette question de côté pour qu'elle fasse l'objet d'un examen approfondi au cours d'une discussion plus complète sur les compagnies et le droit pénal.

Bien que nous ne souhaitons pas reprendre la discussion par laquelle nous sommes arrivés à nos conclusions dans *La notion de blâme*, il pourrait être utile de souligner que nous avons mis l'accent sur le conflit existant entre les intérêts de la justice et les contraintes d'ordre pratique. D'une part, nous étions d'avis qu'il est injuste de condamner ceux qui n'ont commis aucune faute; d'autre part, nous ne pouvions pas ignorer l'importance que revêt aux yeux de la société l'application efficace du droit pénal.

Lorsque nous considérons l'intérêt de la justice, nous devons mettre l'accent sur le rôle joué par l'infraction réglementaire. Celle-ci a pour fonction de créer des normes de prudence qui préviendront certains torts, et de punir ceux qui y contreviennent. Certaines sanctions peuvent être lourdes, étant donné que plusieurs de ces infractions comportent un risque de préjudice sérieux et que leur violation est d'une gravité incontestable.

Quelle attitude doit-on adopter à l'égard d'une infraction réglementaire commise au cours des opérations d'une compagnie en dépit de toutes les précautions prises pour la prévenir? Il serait

évidemment injuste de punir une compagnie à l'égard de laquelle le système réglementaire a atteint son objectif. L'injustice ne serait pas moins grande du seul fait que l'infraction aurait été commise par une personne morale et non par une personne physique. La sentence continue toujours de résulter de la conduite, même s'il s'agit de la conduite d'un groupe, et l'équité la plus élémentaire exige que les membres de la compagnie aient la possibilité de plaider leur innocence.

A ce propos, il serait peut-être judicieux de souligner qu'il y a une différence entre la réglementation et l'infraction réglementaire. Il existe de nombreuses mesures de réglementation autres que l'infraction pénale; on n'a qu'à songer à l'émission de permis, à l'inspection et à la taxation. On pourrait également obliger la compagnie à subir les conséquences financières de certains types de préjudices. Elle pourrait être tenue, selon les critères de la responsabilité stricte, de dédommager les personnes lésées par certaines de ses activités et ce, sans aller à l'encontre des principes que nous avons faits nôtres dans *La notion de blâme*. L'important est que lorsque la loi adopte une structure pénale exigeant l'admission ou la dénégation de la culpabilité et y attache une sanction, l'équité la plus élémentaire exige que l'accusé ait le droit d'établir son innocence. *Tant que nous tenterons de régler des situations en interdisant certaines formes de comportement, la question de la culpabilité sera du ressort du droit.*

Donc, dans la mesure où il est question de justice, nous voyons d'un œil défavorable que la responsabilité des compagnies se fonde sur la responsabilité pour le fait d'autrui dénuée de tout élément de faute, et nous n'aimerions pas que cette conception continue de faire partie de notre droit pénal. En plus d'être injuste, cette pratique pourrait mener à des résultats pour le moins étranges. Une compagnie pourrait se voir imputer la responsabilité d'un acte commis par un de ses employés, en dépit du fait que ce dernier aurait fait tout en son pouvoir pour ne pas commettre l'infraction, et que la compagnie aurait mis sur pied tout un système visant à empêcher le résultat qui s'est produit. D'après les recommandations que nous avons faites dans *La notion de blâme*, il est clair que si l'employé avait été accusé, il aurait pu se défendre. Il nous semble injustifié que son employeur soit quand même tenu responsable, malgré le fait que le résultat a échappé à son contrôle.

Les difficultés surgissent lorsque nous laissons le domaine de la justice pour aborder l'aspect pratique du problème. En premier lieu, le rejet de la responsabilité stricte compromet-il l'application de l'infraction réglementaire? Cela est-il plus apparent pour les délinquants collectifs, comme les compagnies, que pour les personnes physiques? Il ne fait pas de doute qu'il est plus difficile de trancher la question de la diligence raisonnable s'il faut évaluer un comportement à l'intérieur d'une organisation, que si on a affaire au comportement d'un seul individu. Dans ce dernier cas, il suffit de se demander si l'intéressé a pris toutes les mesures de prudence raisonnables en son nom? Comment l'exercice ou l'absence d'exercice de la diligence raisonnable se manifeste-t-il?

C'est un peu le même problème qui s'est posé lorsque nous discutions de la faute commise par une compagnie relativement à un crime proprement dit. A l'instar de la faute, le non-exercice de la diligence raisonnable doit être imputé à la compagnie par le biais des responsables de l'élaboration des politiques. Le dispersement des responsabilités au sein des corporations qui présentent une structure complexe rend très difficile la tâche de déterminer si la diligence raisonnable a bel et bien été exercée, surtout en présence d'efforts valables mais infructueux visant à établir des normes de prudence. La mesure préventive a-t-elle été prise par ceux que la cour considérerait comme ayant la responsabilité première d'exercer la diligence raisonnable? Peut-être le problème aurait-il dû être examiné à un niveau plus élevé de l'administration. Les normes ont-elles été transmises d'une façon efficace à ceux dont la conduite est à l'origine de l'infraction? Peut-être l'ouvrier travaillant sur la chaîne de montage n'avail-il pas été informé de ces normes. Celles-ci ont-elles été consciencieusement appliquées au sein de la compagnie? Peut-être croyait-on d'une façon tacite que l'employeur ne sévirait pas contre ceux qui ne respecteraient pas les nouvelles normes.

Prenons comme exemple une grande compagnie qui est propriétaire d'une chaîne de magasins. Supposons qu'elle établisse des programmes de formation à l'intention des gérants de ses magasins, qu'elle exerce une surveillance des opérations et qu'elle prescrive des procédures précises. Néanmoins supposons que, malgré le système établi, il se produise une infraction due à la négligence d'un

gérant dans la surveillance de ses subordonnés. La compagnie a-t-elle exercé la diligence raisonnable? A quel niveau de l'administration la négligence commise par un subalterne ne peut-elle plus être imputée à l'entreprise? Invoquer pour sa défense la diligence raisonnable signifie-t-il que plus l'autorité est centralisée, moins la compagnie est susceptible d'être condamnée pour la négligence d'agents apparemment responsables?

Étendre la défense de diligence raisonnable aux compagnies créerait inévitablement des problèmes de ce genre. Il est vrai qu'on peut à bon droit soumettre plusieurs d'entre eux à l'appréciation des tribunaux. Il suffirait à ceux-ci de lire entre les lignes, en analysant les politiques officielles de la compagnie pour découvrir les véritables mesures qu'elle a adoptées pour empêcher la perpétration de l'infraction. Il est toutefois d'autres situations qui soulèvent des problèmes fondamentaux de politique juridique. Ainsi l'opportunité d'exclure le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, dans le cas où un individu qui s'est vu confier des fonctions de supervision a fait preuve de négligence, constitue l'une de ces questions de politique judiciaire qu'il conviendrait d'énoncer dans le texte de loi créant le moyen de défense. Il pourrait être nécessaire, pour les besoins de la défense de diligence raisonnable en matière d'infraction réglementaire, d'être plus large lorsqu'il s'agit de décider qui agit pour la compagnie, que lorsque l'acte imputé est un crime proprement dit. Par conséquent, il peut s'avérer préférable de concevoir un type particulier de diligence raisonnable relativement aux compagnies.

La défense de diligence raisonnable exercerait également une influence sur les mécanismes d'application de la loi. Elle donnerait probablement lieu à plus de controverses et nécessiterait l'affectation d'une quantité plus considérable de ressources à la poursuite. Il ne s'agirait pas de forcer les enquêteurs à chercher l'élément de faute là où ils ne le cherchaient pas autrefois; les études que nous avons faites antérieurement sur la mise en vigueur de la réglementation ont relevé que les poursuites ne sont généralement pas intentées sans qu'une enquête ait établi l'existence d'une faute. Mais, même si la tâche de soulever la question de la faute incombait à la compagnie en raison du renversement du fardeau de la preuve, il serait cependant nécessaire de réfuter l'explication offerte par celle-ci,

très probablement en faisant la preuve d'un modèle de comportement susceptible de réfuter sa prétention à la diligence raisonnable. Non seulement cette méthode supposerait une préparation minutieuse de la part des services responsables de l'application de la loi, mais elle ne serait efficace que dans la mesure où seraient assouplies les règles de procédure actuelles qui exigent de restreindre la preuve à la conduite reprochée à l'accusé. A cette fin, on pourrait produire devant les tribunaux les dossiers du ministère concerné.

Il est très difficile de décider si des considérations mettant l'accent sur les désavantages de l'extension aux compagnies du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, justifient la création d'une distinction selon que l'accusé est une personne physique ou une personne morale. Alors que, dans *La notion de blâme*, nous étions prêts à sacrifier une contrainte pratique au profit d'une mesure de justice et que nous nous prononcions en faveur de la solution mitoyenne que constitue la diligence raisonnable, nous nous heurtons dans le cas de la compagnie à une considération nouvelle. Le fait que la condamnation ne vise aucune personne en particulier, lorsqu'une compagnie est déclarée coupable, fait-il pencher la balance en faveur des contraintes pratiques, au détriment des exigences de la justice? Il se peut qu'il en soit ainsi. Mais si la sanction fait sentir ses effets chez des individus, comme nous le verrons plus en détail sous le titre «L'imposition d'une sanction à la compagnie délinquante», et si nous nous opposons à la responsabilité stricte en partie parce qu'elle pénalise des gens sans raison valable, l'existence de la structure propre à la compagnie ne pose peut-être pas de problème particulier. Il est vrai que la question de la faute pourrait être soulevée au moment de la détermination de la sentence mais si on peut faire état de la faute à ce stade, pourquoi ne peut-on le faire plus tôt, avant que la condamnation ne soit enregistrée?

En principe, nous croyons que la compagnie devrait avoir le droit de montrer que toutes les précautions raisonnables visant à prévenir une infraction ont été prises par les dirigeants et les employés qui remplissent des fonctions de surveillance. De plus, et indépendamment de la question de justice, nous pensons que ce mode de défense jouerait un rôle utile en rendant publique la détermination des normes selon lesquelles les compagnies devraient

régler leur conduite. Des sujets qui sont à l'heure actuelle connus seulement des fonctionnaires responsables de l'application des lois se rapportant à ce genre de situations, seraient débattus au grand jour. Cette approche aurait l'avantage de fournir une information précieuse sur les activités des compagnies, ce qui contribuerait à promouvoir graduellement l'élévation des standards de prudence. La plupart des entreprises se préoccupent de l'image qu'elles projettent dans le public, et elles n'aimeraient pas admettre qu'elles ne respectent pas les normes imposées par la réglementation les concernant. La tache laissée par la négligence n'est jamais de bonne augure pour les affaires.

En recommandant l'adoption d'un système de défense basé sur la diligence raisonnable pour les compagnies, nous ne voulons pas négliger les craintes qu'expriment parfois les administrateurs responsables de l'application des lois, ni faire fi de ce que nous avons reconnu comme étant des problèmes. Nous préférerions fonder nos recommandations sur l'expérience vécue grâce à laquelle il serait possible de démontrer que ce moyen de défense raisonnable ne contrecarrerait pas l'application des règlements. Mais tandis que plusieurs lois permettent actuellement ce mode de défense sans établir de distinction entre les personnes physiques et les corporations, il ne semble pas exister de précédent utile dans les domaines faisant l'objet d'une application active des lois, comme le domaine des infractions commerciales. Bien qu'on ait récemment modifié la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* de façon à permettre l'utilisation de la défense de diligence raisonnable à l'égard de la publicité mensongère et d'infractions connexes, l'accusé ne peut s'en prévaloir à moins de publier sur le champ la correction qui s'impose. Cette dernière disposition pourrait contribuer à freiner le recours au moyen de défense et à restreindre la quantité d'information qu'il est susceptible de fournir en vue d'une étude portant sur les suites de son utilisation devant les tribunaux.

Nous croyons que le fardeau de prouver l'utilité de la responsabilité stricte devrait incomber à ceux qui cherchent à la maintenir. De plus, la discussion ne devrait pas porter sur des hypothèses mais sur des faits réels, ce qui suggère la nécessité de mettre à tout le moins ce moyen de défense à l'essai, dans le but d'en tirer des conclusions pratiques qui puissent servir de base à des recommandations plus précises. L'expérience nous forcera peut-être à modifier

la défense dans certains cas si on décide de continuer de recourir aux infractions pénales. Il se peut aussi, et cela serait peut-être plus approprié, qu'elle fasse sentir de façon plus prononcée la nécessité d'utiliser différents modes de surveillance pour réglementer les activités auxquelles se livrent surtout les compagnies.

Rapports entre la responsabilité de l'individu et celle de la compagnie

Arguments en faveur de la responsabilité de la compagnie

Une question primordiale demeure: à quoi bon imposer la responsabilité à la compagnie? Pourquoi ne pas se contenter de l'aptitude qu'a le droit pénal à juger le comportement des individus qui œuvrent en son sein? Certains diront que l'attribution de la responsabilité à la compagnie n'a pas d'effet appréciable, et que la véritable efficacité du droit pénal dans ce genre d'affaires réside dans son emploi contre ceux qui prennent les décisions.

Bien que la preuve à l'appui de cette affirmation ne soit pas présentement disponible, l'expérience nous apprend qu'elle comporte une certaine vérité, au moins en ce qui a trait à l'influence possible du droit pénal sur ceux qui évoluent à l'intérieur du système. Ainsi il est évident que la condamnation pénale subie aux États-Unis, au début des années 60, par des dirigeants d'entreprises dans l'affaire de la conspiration sur les prix de l'équipement électrique, a eu un certain effet sur les condamnés. Toutefois, il est moins certain que cette condamnation ait eu un effet appréciable sur les méthodes dénoncées dans cette affaire.

On peut répondre à ce genre d'argument en faisant au moins deux observations. En premier lieu nous sommes incapables, au stade présent de l'évolution de notre droit, d'évaluer l'effet possible d'une condamnation sur une compagnie, puisque le droit canadien

ne fournit pas encore de moyen satisfaisant de punir cette catégorie de délinquants. Nous reparlerons de cela plus loin dans ce document de travail, sous le titre «L'imposition d'une sanction à la compagnie délinquante». En deuxième lieu, l'argument ne semble pas faire complètement état de toutes les exigences inhérentes aux différentes situations comportant une conduite criminelle à l'intérieur d'une compagnie. Selon nous, plusieurs arguments militent en faveur du choix de la responsabilité des compagnies comme base facultative ou additionnelle à l'imputation de la responsabilité pénale dans certains cas.

Premièrement, de par la nature même de sa structure, la compagnie peut contrer les efforts faits en vue de punir ceux qui, à l'intérieur du système, portent une certaine responsabilité. Le principe de la responsabilité des compagnies offre la possibilité d'utiliser l'arsenal du droit pénal dans des situations où il peut être impossible d'établir la culpabilité d'une personne déterminée. Ceci pourrait se produire dans le cas d'organisations complexes où il pourrait s'avérer difficile de recueillir suffisamment de preuves pour mener à une condamnation. Les problèmes de preuves dont nous avons discuté en parlant de la responsabilité de l'individu, peuvent très bien démontrer la valeur de l'approche axée sur la responsabilité de la compagnie.

Le fait que les compagnies peuvent mener leurs opérations sans tenir compte des limites territoriales constitue également une entrave possible à l'imputation de la responsabilité de l'individu. Certaines compagnies qui font affaire au Canada sont des succursales à part entière de sociétés étrangères. Il existe des entreprises multinationales dont les activités se jouent des frontières. Les décisions relatives aux activités menées au Canada par certaines compagnies sont par conséquent prises à l'étranger. Il ne nous sera pas toujours possible de poursuivre en justice des individus auxquels nous souhaiterions imputer la responsabilité pénale. Dans certains cas la mise en application de la loi peut être impossible du fait que les actes criminels des personnes concernées ont été commis à l'étranger et que, par conséquent, ils ne constituent pas une infraction à la loi canadienne. Des individus se trouvant à l'étranger peuvent échapper à l'application du droit pénal canadien, même lorsque celui-ci considère leurs actes comme criminels, parce que

nos traités d'extradition, qui ne couvrent actuellement que quelques facettes de la criminalité économique, ne peuvent les forcer à affronter la loi canadienne. Il serait donc avantageux que nous puissions régler des situations de ce genre par le biais de la responsabilité de la compagnie, particulièrement si les sanctions peuvent toucher indirectement, via la corporation, les individus qu'on ne peut atteindre directement.

Deuxièmement, le système de la responsabilité individuelle ne nous permet pas vraiment de juger d'une ligne générale de conduite, mais seulement de l'acte isolé d'un individu ou encore des actes collectifs d'individus évoluant dans le cadre de la compagnie. Par contre, si ce sont les initiatives concertées d'un groupe qui ont produit un résultat particulier, et si c'est le système au sein duquel ces individus travaillent qui a encouragé un comportement opposé aux valeurs que nous respectons dans notre société, nous devrions peut-être évaluer le comportement en question en fonction du groupe aussi bien, et peut-être mieux, qu'en fonction de l'individu. C'est qu'un comportement peut avoir plus de sens s'il est vu comme un effort collectif plutôt que comme une série d'actes individuels. Le comportement d'un individu peut perdre de son importance quand on le compare aux irrégularités commises au sein de l'organisation elle-même. Ceci est particulièrement vrai si l'individu en question prenait des décisions au nom de la compagnie et pour le profit de cette dernière, si ces décisions étaient le reflet de pressions et de procédures découlant du fonctionnement de la compagnie, et si l'intéressé les prenait dans l'ignorance de lois en vigueur.

En outre, dans la mesure où l'intérêt porté au problème des compagnies et des groupes provient de l'influence de leur comportement sur la société, l'on reflète probablement mieux ces préoccupations en les tenant responsables collectivement de leurs opérations qu'en rejetant la responsabilité de leurs actes sur les individus. Non seulement l'approche axée sur la responsabilité de la compagnie met-elle l'accent sur les obligations sociales découlant de l'activité collective, mais elle étale aussi davantage au grand jour le comportement en question, ce qui contribue à protéger le public contre le risque de subir un préjudice inhérent à cette conduite. On est beaucoup plus certain d'alerter le public en poursuivant une compagnie qui vend au détail de la viande avariée, qu'en poursuivant son gérant des ventes.

Une troisième raison a trait à l'argument efficacité. Dans une société qui se dirige de plus en plus vers l'action collective, il peut devenir difficile, en termes d'allocations de ressources, de contrôler les ensembles par le biais de ceux qui les composent. Dans bien des cas, il serait plus sensé de faire porter à la corporation la responsabilité d'exercer sa propre surveillance, la forçant ainsi à prendre des mesures pour assurer que la conduite de son personnel ne causera aucun préjudice. Plutôt que d'imposer à l'État la corvée de contrôler l'activité de chaque personne œuvrant dans le cadre de la compagnie, solution coûteuse et d'une application difficile, il serait plus efficace de forcer cette dernière à s'acquitter elle-même de cette tâche, surtout s'il est possible de transposer en action concrète au niveau des individus les sanctions prononcées à l'encontre de la compagnie. Le succès de cette approche dépend évidemment des mesures d'application prises et de la souplesse pratiquée dans l'imputation des peines. Nous en reparlerons d'une façon plus détaillée sous le titre «L'imposition d'une sanction à la compagnie délinquante».

Quand nous parlons d'efficacité, nous pensons également à la possibilité pour les tribunaux de réagir de façon positive à un comportement criminel. Le pouvoir d'infliger des sanctions aux compagnies pourrait donner aux tribunaux la possibilité de répondre d'une façon plus créative aux besoins des victimes de ce type de conduite. Supposons que le président d'une compagnie soit accusé de fraude et que les profits retirés de cette fraude aient pris le chemin des coffres de l'entreprise. La possibilité d'imputer à celle-ci la responsabilité pénale permettrait à la cour d'émettre une ordonnance de restitution qui obligerait la compagnie à dédommager entièrement la victime. D'une façon générale, nous désapprouvons le recours au processus pénal dans le cas de conflits qui pourraient fort bien se régler au civil. Toutefois nous nous rendons compte qu'en limitant la responsabilité pénale aux seuls individus, nous forcerions les victimes à intenter dans certains cas des recours civils coûteux pour récupérer les pertes découlant d'actes commis par des compagnies et profitant à ces dernières.

Bien que ces considérations viennent à l'appui de la souplesse que nous préconisons dans l'approche de ce problème, la responsabilité pénale pourrait être imputée à l'individu, à la compagnie, ou à l'un et à l'autre. Il existe un argument de poids en faveur de

l'exclusion de la responsabilité de la compagnie dans le cas de crimes proprement dits et de son maintien dans le seul cas d'infractions réglementaires. Si, comme nous l'avons souligné, le principal objectif du droit relatif aux crimes proprement dits est d'encourager l'adoption de modèles de comportement respectueux des valeurs fondamentales, il est important de savoir si ce droit permet d'atteindre cet objectif à l'égard des compagnies. Si nous nous basons sur l'importance de l'élément de faute dans les crimes proprement dits, nous pouvons être amenés à penser que l'objectif est mieux atteint en utilisant le processus pénal à l'encontre de personnes physiques, et que le fait de condamner une personne morale pour fraude ou pour vol, par exemple, ne contribue pas de façon appréciable à la promotion des valeurs sociales. Après tout, celles-ci reposent sur des choix moraux faits par des individus, et il nous est difficile de concilier la position théorique que nous avons prise face au crime proprement dit avec une optique qui s'attacherait moins au choix individuel pour considérer le comportement dans la perspective d'une action collective.

D'un autre côté, comme la façon de percevoir «les compagnies» varie d'un individu à l'autre, il est difficile de se montrer trop dogmatique au sujet du rôle joué par la responsabilité des compagnies dans la promotion des valeurs sociales. Certains considèrent la compagnie uniquement comme l'expression d'une interaction entre individus et ils verraient dans l'attribution de la responsabilité à l'entreprise un moyen de porter un jugement moral catégorique sur le comportement de ces personnes. D'autres attribuent à la compagnie une personnalité différente de ceux qui la composent. A leurs yeux, un droit pénal qui condamnerait de simples individus, mais non les grandes compagnies, pourrait être considéré non seulement injuste, mais aussi ambivalent à l'égard des valeurs que notre droit pénal protège. Par conséquent, pour un grand nombre de personnes, la responsabilité pénale de la compagnie peut contribuer à l'élévation des valeurs sociales primordiales que reflète le droit relatif au crime proprement dit.

En conséquence, nous hésitons à recommander l'exclusion de la responsabilité pénale des compagnies du domaine des crimes proprement dits. Néanmoins, les difficultés que nous avons rencontrées en analysant les fondements de la faute propre à la compagnie, et en essayant de concilier la responsabilité de la personne

morale et les grands objectifs du droit pénal, nous poussent à faire des réserves quant à la place qui lui revient dans le droit régissant les crimes proprement dits.

A la recherche d'un équilibre

On affirme parfois que la responsabilité des compagnies enlève aux individus qui en sont membres la responsabilité de leurs actes, qu'elle les isole et qu'elle sert tout bonnement de paravent à l'irresponsabilité des décisionnaires. Si cet argument se veut une critique de l'option que nous donne le droit pénal face à la délinquance des compagnies, nous ne pouvons qu'exprimer notre désaccord. Il est certain qu'en droit actuel, cette critique ne repose pas sur une preuve très convaincante, du moins si on en fait une règle générale. Il est vrai que dans certains domaines couverts par le droit pénal, par exemple les infractions citées dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, les accusations sont principalement portées contre les compagnies. Mais les poursuites en vertu du Code criminel sont ordinairement intentées contre les individus et contre les compagnies, en dépit de la liberté que nous laisse notre droit de poursuivre ces dernières. Ordinairement, lorsqu'une action est portée contre une compagnie, par exemple par suite d'une fraude, elle l'est de concert avec une accusation logée contre les individus qui travaillent pour la compagnie.

Il semblerait que les pratiques actuelles reflètent en gros la façon dont les infractions sont définies, la génèse des rapports entre la législation et le droit pénal, l'opinion du poursuivant quant au degré de culpabilité des individus qui travaillent dans le cadre de la compagnie, la mesure dans laquelle des individus ont directement tiré profit du crime et la multitude des problèmes tactiques relatifs à la preuve des éléments constitutifs de l'infraction, au fait que des témoins ou des accusés éventuels, ou encore des documents essentiels à la cause, se trouvent en dehors du territoire canadien, et quant à l'existence de règles de preuves susceptibles d'empêcher des individus dont la déposition est essentielle, de rendre témoignage s'ils sont personnellement accusés.

Bien qu'il soit impossible de prédire l'effet précis qu'aurait sur les pratiques relatives à l'inculpation l'application des changements suggérés dans ce document de travail (par exemple, l'impact qu'aurait sur les compagnies accusées de crime proprement dit le renversement du fardeau de la preuve), nous ne croyons pas qu'il en résulte une tendance marquée à accuser les compagnies au lieu des individus. Les facteurs que nous venons de souligner continueraient à notre avis d'influencer l'exercice par le poursuivant de son pouvoir discrétionnaire. Quoi qu'il en soit, il pourrait être plus exact de supposer que l'importance que nous avons attachée aux membres de la compagnie, irait dans le sens de ce courant qui fait de plus en plus sentir ses effets, aux États-Unis encore plus qu'au Canada, et qui vise à imputer la responsabilité individuelle à ceux qui participent aux affaires de la compagnie.

Il est certain que notre intention n'est pas de donner notre appui à un système de responsabilité pénale qui permettrait la structure propre à la compagnie de servir de paravent à ses méfaits. La responsabilité des compagnies ne doit pas constituer la contrepartie pénale de la limitation de la responsabilité civile. Nous soulignons ce point parce que nous nous rendons compte qu'il ne serait pas pratique de limiter législativement la responsabilité des compagnies à des catégories particulières d'entreprises. Il faut donc imputer la responsabilité pénale à tous les genres de compagnies, qu'il s'agisse de grandes organisations très complexes ou d'entreprises appartenant à une seule personne, de compagnies à but lucratif ou sans but lucratif, ou de sociétés servant à des fins honnêtes ou à des activités criminelles. La responsabilité des compagnies doit demeurer dans des limites raisonnables, surtout si on l'utilise à l'égard de crimes proprement dits. Ainsi elle ne devrait pas être substituée à la responsabilité individuelle lorsque des actes criminels sont perpétrés dans le cours des activités de petites organisations, lorsqu'il y a un rapport très clair entre les individus et la structure à l'intérieur de laquelle ils évoluent. Il serait également inapproprié de s'en servir contre des compagnies qui constituent de simples couvertures formées ou achetées pour servir à des activités frauduleuses. Une telle compagnie peut n'avoir aucune existence matérielle et n'exister que sur le papier. Dans ce cas il faudrait s'attacher aux individus qui se servent de la compagnie, et non à la compagnie elle-même.

Il pourrait s'avérer utile pour le maintien d'un bon équilibre entre la responsabilité de l'individu et celle de la compagnie, de formuler des principes directeurs précis, afin d'aider ceux qui portent des accusations et qui mènent les poursuites. Ces principes pourraient refléter nos considérations quant à l'opportunité d'imputer une responsabilité aux compagnies, aussi bien que nos réserves quant à cette approche. La publication de ces principes directeurs, mesure que nous avons préconisée dans notre document de travail intitulé «*Les poursuites pénales: responsabilité judiciaire ou politique*», réduirait probablement les risques d'abus et l'appréhension de ceux qui craignent qu'on accorde une importance excessive à la responsabilité des compagnies.

Il est à remarquer que la décision d'intenter des poursuites à une compagnie peut simplement différer l'attribution de la responsabilité aux individus. L'efficacité du recours au droit pénal à l'égard d'une compagnie dépend de l'adhésion de ceux qui la composent. Lorsqu'une entreprise refuse de payer une amende, ou de respecter sa promesse de restitution, ou de se comporter de la façon prescrite, il y a lieu de sévir. Il serait évidemment possible d'utiliser la façon traditionnelle, mais parfois encombrante, de régler le problème et de bloquer les biens de la compagnie. Une autre possibilité serait de poursuivre les membres de la compagnie qui ont la responsabilité de veiller à ce que la sanction prononcée par la cour soit observée. Selon nous, cette dernière mesure est tout à fait appropriée: *une peine imposée à une compagnie devrait, au moment de son prononcé, comporter la désignation d'un ou de plusieurs responsables de son application*. Cela se fait quelquefois à l'heure actuelle, mais cela devrait devenir pratique courante. Par conséquent la responsabilité de la compagnie, dans la mesure où elle doit conditionner le comportement ultérieur, implique la responsabilité de ses membres.

L'imposition d'une sanction à la compagnie délinquante

Bien que nous ayons traité jusqu'ici de la responsabilité de l'individu et de la compagnie, notre discussion du problème de la sanction se restreindra aux compagnies. Nos documents de travail sur les *Principes de détermination de la peine et du prononcé de la sentence, L'amende, Le dédommagement et l'indemnisation, La déjudiciarisation* et *L'emprisonnement et la libération* portent sur la façon de régler une affaire pénale qui met en jeu des personnes physiques. Nous croyons que les positions énoncées dans ces documents sont d'une portée suffisamment étendue pour fournir une base sérieuse à l'imposition de peines aux dirigeants, aux agents et aux employés de la compagnie qui peuvent être tenus criminellement responsables de crimes commis par cette dernière. Des innovations telles que le retrait imposé à un individu du droit de faire des affaires pour une période déterminée, peuvent très bien trouver leur place dans la gamme de mesures qui devraient, comme nous l'avons suggéré, être mises à la disposition des tribunaux.

Nous parlerons maintenant de l'imposition des sanctions aux compagnies.

Observations sur le système actuel

L'utilisation du droit pénal contre les compagnies pose la question des peines à leur imposer. Notre droit pénal actuel fait

appel largement à l'amende. Bien qu'il prévoie aussi des ordonnances de restitution et que certaines lois, comme la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, permettent aux cours d'émettre des ordonnances d'interdiction limitant les activités ultérieures d'une compagnie, l'amende demeure la peine la plus fréquemment employée. Pour les infractions les plus graves contenues au Code criminel, celles qui sont régies par la procédure de mise en accusation, le quantum de l'amende est laissé à la discrétion de la cour; pour les infractions moins graves, celles qui obéissent aux règles de la déclaration sommaire de culpabilité, l'amende maximale est de $1,000. D'autres lois imposent des maxima différents; par exemple, une modification récente apportée à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* fixe l'amende maximale à $1,000,000 pour certaines infractions. D'autres encore reculent la limite maximale en considérant les infractions continues comme des violations distinctes pour chaque jour où l'activité se poursuit. La liberté conférée aux tribunaux qui appliquent ces dispositions débouche inévitablement sur des variations d'une province à l'autre, d'une municipalité à l'autre, d'une cour à l'autre et d'une infraction à l'autre.

On objecte souvent que les amendes ne servent strictement à rien. D'aucuns trouvent insignifiantes les amendes imposées aux compagnies. D'autres soulignent les divergences dans le prononcé de l'amende; dans certains cas il y a peu de différence entre l'amende imposée à une personne morale et à une personne physique et, dans d'autres cas, il y en a peu entre les amendes qui frappent les grandes entreprises et celles dont écopent les petites. On ne peut toutefois blâmer complètement les tribunaux pour ces divergences. On leur demande de fixer des amendes à l'encontre des compagnies délinquantes, mais on oublie qu'ils ne sont pas des experts en administration des compagnies et qu'ils ne peuvent se baser sur aucune norme légale. D'une certaine manière, le fait que nous ayons omis de reconnaître la nécessité d'une certaine compétence pour évaluer la situation financière des compagnies délinquantes, et le fait que nous n'ayons pas énoncé les objectifs que doit viser la sanction, nous empêchent de demander davantage au système pénal que ce qu'il nous donne présentement.

Les divergences, cela va de soi, constituent toujours un problème, et nous nous sommes expliqués sur ce point dans notre

document de travail nº 6, qui traite de la délinquance des personnes physiques. Nous y préconisons le jour-amende ou unité-amende, procédé grâce auquel l'amende serait toujours proportionnelle à la situation financière du délinquant. Suivant ce principe, le riche paierait une amende plus forte que le pauvre pour la même infraction à la loi pénale. Bien que le jour-amende soit conçu pour fonctionner sur la base d'indicateurs économiques relativement simples, nous *pourrions trouver à l'égard de la compagnie une formule qui égaliserait la marge de perte subie par celle-ci au moyen d'une amende qui tiendrait compte de facteurs tels que les profits, l'ensemble des actifs et la faculté de faire porter par d'autres le poids de l'amende.*

Toutefois, ceci n'est qu'un aspect du problème. Ce qui nous frappe aussi dans le recours à l'amende comme sanction imposée aux compagnies, c'est le manque apparent de cohérence au niveau des objectifs. Quel est le but visé par le tribunal lorsqu'il met une compagnie à l'amende? Dans certains cas il veut simplement la punir, ou dénoncer certaines de ses activités. Mais il arrive plus fréquemment qu'il considère l'amende comme un moyen de modifier son comportement, tout en insistant sur le besoin de dissuader la compagnie de persévérer dans la voie où elle s'est engagée. Dans d'autres cas, la cour semble considérer l'amende comme une façon de déposséder l'entreprise des gains qu'elle a réalisés par ses activités illégales.

Ceci nous amène à notre première observation: mettre la corporation à l'amende est une chose, et lui intimer l'ordre de restituer ses profits illégaux en est une autre. En confondant ce que nous considérons comme deux façons distinctes d'imposer une sanction, on risque également de confondre nos objectifs. Dans de nombreux cas d'infractions criminelles traditionnelles, par exemple le vol, le délinquant est contraint de rendre à sa victime ce qu'il lui a pris. L'imposition à un délinquant d'une amende est un geste qui dépasse notre désir de lui retirer ses profits illicites et qui reflète la perception que nous avons de l'infraction commise. Toutefois, dans le cas de nombreuses infractions de type commercial, des biens sont volés dans des circonstances qui rendent leur identification difficile et qui font de la recevabilité de la réclamation un épineux point de droit, de sorte que les poursuites doivent être intentées dans des procédures civiles distinctes. Nous

croyons que les amendes imposées dans le but de refléter la valeur des profits ne le sont que parce que l'on sait que la victime refusera très probablement d'entamer des procédures civiles pour reprendre au délinquant ce que ce dernier lui a enlevé, ou en sera incapable.

Néanmoins, *pour évaluer la gravité d'une infraction pénale, le tribunal lorsqu'il impose une amende à une compagnie ou à un autre délinquant devrait, selon nous, ne considérer que les gains illégaux réalisés par la personne physique ou morale coupable. Si le tribunal décide que la compagnie devrait être dépossédée de ses gains tout en étant mise à l'amende sans qu'une ordonnance de restitution ait été rendue, il devrait avoir le pouvoir de considérer cette dernière question comme une question distincte et rendre l'ordonnance appropriée.* La somme versée serait la propriété de l'État mais pourrait servir à satisfaire à un jugement civil découlant de l'acte criminel, qu'il soit rendu en faveur d'une victime individuelle ou d'un groupe.

Notre seconde observation, c'est qu'il est nécessaire d'élaborer et d'utiliser des façons nouvelles d'imposer une sanction à la compagnie. Nous partageons l'opinion de plusieurs voulant que s'en remettre à l'amende ne soit pas une solution. Mais ce progrès ne peut avoir lieu qu'après avoir précisé d'abord les objectifs de l'imposition de la sanction à la compagnie, et déterminé la façon dont la nature collective de celle-ci peut influencer la réalisation de ces objectifs.

Objectifs à atteindre dans l'imposition de la sanction

Il est délicat de parler des objectifs de l'imposition de la sanction pénale parce que nous devons tenir compte des crimes proprement dits et des infractions réglementaires. Ces objectifs ne sont pas parfaitement identiques dans les deux cas parce que le rôle du droit pénal diffère selon qu'il s'agit de l'un ou l'autre type d'infractions. Nous avons déjà mentionné que les crimes proprement dits mettent en cause des valeurs fondamentales. Les

objectifs de l'imposition d'une sanction consistent donc à réitérer ces valeurs et à les appuyer de trois façons: d'abord, en mettant en relief la désapprobation de la société envers ces infractions. Les sanctions qui consistent en un châtiment ou en une dépossession financière peuvent servir ce dessein.

Deuxièmement, en contribuant à promouvoir une société dans laquelle ces valeurs sont observées. Ceci peut impliquer la nécessité de dissuader le délinquant actuel et le délinquant éventuel de récidiver, et la nécessité de retirer son poste à celui qui pourrait s'en servir pour poser des gestes nuisibles à la société.

Troisièmement, en rétablissant le statu quo autant que faire se peut, de manière à ce que la victime, qu'il s'agisse d'un individu ou du public en général, soit dédommagée du préjudice causé par l'infraction.

L'imposition de sanctions, dans les cas d'infractions réglementaires, a des objectifs d'une portée plus restreinte. Ils consistent à atteindre les résultats positifs mentionnés au cours de l'exposé du deuxième et du troisième de ces objectifs.

Les experts en sciences sociales ont mis beaucoup de temps et d'efforts à essayer de déterminer la meilleure façon de traiter les délinquants individuels dans le cadre du processus pénal, de façon à obtenir le plus de succès possible dans la réalisation des objectifs que nous avons proposés. Nous ignorons encore énormément de choses. Par exemple, quel est l'impact psychologique de l'utilisation du droit pénal sur la sauvegarde des valeurs? Quel effet dissuasif les sanctions pénales ont-elles sur le délinquant et sur le public en général? Nos divers documents de travail portant sur la détermination de la peine et le prononcé de la sentence ont tenté de suggérer une façon d'aborder le problème de l'imposition de la sanction à l'individu, en mettant l'accent sur l'importance de réorienter le délinquant hors du processus pénal, d'encourager les règlements par dédommagement, et de promouvoir un système d'amendes qui rendrait celles-ci proportionnelles à la situation financière du délinquant. Toutefois, lorsque nous touchons le problème du prononcé de la sanction à l'égard de la compagnie, nous faisons face à un phénomène différent: les compagnies et leurs activités présentent certaines caractéristiques pouvant avoir une influence directe sur le moment où elles devraient être l'objet d'une

poursuite pénale et sur les sanctions qui devraient leur être imposées pour que les objectifs dont il est fait mention ici soient atteints.

L'imposition d'une sanction à une compagnie constitue une façon de considérer les gens collectivement. Ayant choisi d'aborder la question de la responsabilité de la compagnie, nous devons envisager l'individu dans le cadre de ses rapports avec cette dernière. Nous devons prononcer une sanction envers le groupe avec l'espoir que l'effet en sera ressenti par les responsables. Néanmoins, l'imputation de peines aux compagnies se bute à un inconvénient certain du fait que la sanction la plus sévère, l'emprisonnement, ne peut être utilisée pour punir les délinquants. On ne peut jeter une compagnie en prison! Et pourtant, la limitation des objectifs de l'emprisonnement dont nous faisons état dans notre document de travail n° 11, concerne également l'imposition d'une peine à une compagnie. La dénonciation de la conduite peut être tout aussi pertinente dans le cas d'une entreprise qu'elle l'est dans le cas d'une personne physique. Ceci nous force à trouver d'autres façons de stigmatiser la conduite, comme le recours à une amende considérable ou à la publicité défavorable au délinquant.

Alors que l'emprisonnement satisfait le besoin exceptionnel de séparer un délinquant, personne physique, du reste de la société dans le but de la protéger, il faut trouver les sanctions différentes pour satisfaire un besoin parallèle lorsque l'accusée est une compagnie. Il peut s'avérer nécessaire de restreindre considérablement la portée des opérations d'une entreprise lui défendant de se livrer à certains genres d'activité et, vraisemblablement, en la démembrant tout simplement dans les cas extrêmes.

Lorsqu'on met l'accent sur le besoin d'encourager l'observation des règles par ceux qui participent aux activités d'une compagnie, nous devons nous attarder aux peines qui auront sur elle un impact économique, telles que les amendes et la restriction des opérations, ou qui sont susceptibles d'influencer les décisionnaires de cette compagnie. Lorsque nous désirons mettre l'accent sur la victime, nous devons nous servir des biens de la corporation pour la dédommager de ce qu'elle a perdu.

Notre approche, dans ce qui reste de cet exposé, ne consistera pas toutefois à examiner les avantages et les désavantages des différentes façons d'imposer une sanction à une compagnie. Bien

que des considérations détaillées de ce genre soient essentielles, elles ne trouvent leur pleine signification que dans la compréhension de considérations plus générales qui sont importantes pour l'élaboration et l'application d'une sanction destinée à une compagnie.

Les implications du processus collectif

La compagnie n'est qu'un cadre de référence pratique permettant d'envisager sur une base collective les activités de simples individus. Elle ne peut ressentir davantage l'impact du processus pénal qu'elle peut éprouver le sentiment de participer aux actes qu'elle est accusée d'avoir commis. Ceci suggère deux possibilités: premièrement, le fait d'imposer une peine collective risque de traiter les membres du groupe d'une façon injuste; deuxièmement, l'effet qu'on recherche par le biais de la sanction peut être réduit à néant par la structure même du groupe.

a) *Considérations d'équité*

Le fait de se servir d'une amende ou d'une autre punition de caractère économique pour châtier une compagnie avec l'intention de sauvegarder les valeurs établies ou peut-être de dissuader l'accusée de récidiver, ne veut pas dire que la compagnie, en tant que symbole sans esprit et sans vie, ressentira l'effet de la peine. Cet effet sera en fait ressenti par les membres ou employés de la compagnie qui, autrement, auraient droit à la somme représentée par l'amende. (L'impact peut être ressenti également, mais d'une façon moins immédiate, par les créanciers et les clients, en plus ou au lieu de ceux qui œuvrent à l'intérieur de la compagnie. Nous reparlerons de cela plus loin.) La sanction touchera les actionnaires qui, autrement, recevraient les dividendes produits par cette somme, et les employés qui participent aux bénéfices de l'entreprise.

Selon nous, l'équité exige que les peines collectives soient conçues de façon à ne pas toucher d'une façon disproportionnée

les membres du groupe qui n'ont pas contribué à l'infraction. Dans certains cas, par exemple dans celui d'une compagnie privée au sein de laquelle l'actionnaire principal est celui qui prend les décisions, il n'y a aucune injustice à faire peser sur ce dernier le poids de la peine imposée à l'entreprise. Dans d'autres cas cependant, cette solution est inappropriée à cause du vaste dispersement des actions. La maîtrise de la compagnie peut en fait appartenir à une personne ne détenant qu'un petit pourcentage des actions. Tandis qu'une sanction imposée à une compagnie et subie par les actionnaires en tant que groupe le sera également par ceux qui ont la responsabilité des décisions, l'impact de la peine sera supporté par les détenteurs d'actions qui n'ont pas contribué à la prise de la décision qui a conduit à l'infraction. Bien que les conséquences frappant chaque actionnaire soient assez minimes, il n'en résulte pas moins que l'effet global de la peine est subi par des personnes qui, aux yeux de la plupart des gens, ne seraient pas considérées comme responsables de la conduite en question.

Les sanctions économiques infligées dans un but punitif deviennent alors des risques qu'en leur qualité d'actionnaires, les membres d'un groupe doivent courir. La pertinence de cette affirmation s'accentue si l'on tient compte du fait que nous avons établi une distinction entre l'amende et l'ordonnance judiciaire obligeant une compagnie à se déposséder de profits réalisés d'une façon illégale. Ici, la dépossession des actionnaires n'équivaudrait qu'à l'accroissement injustifié de l'intérêt de leur placement, sans leur faire absorber une proportion excessive de l'amende prononcée à la suite de l'infraction.

Nous considérons également le fait que l'acte isolé pour lequel la compagnie est condamnée peut très bien n'être qu'un acte parmi bien d'autres qui ont rapporté des gains à ces mêmes actionnaires, ce qui devrait les décourager de prétendre qu'ils ont été victimes d'une injustice. Néanmoins on pourrait soutenir que la peine doit se rapporter à la seule conduite prouvée au cours de l'instance pénale, et que la question d'équité devrait être tranchée à la lumière de ce seul contexte. Une peine imposée sur cette base pourrait être injuste.

Nous ne suggérons pas que la possibilité de porter préjudice à un actionnaire innocent doive devenir un obstacle infranchissable à l'imposition d'une sanction économique à une compagnie. Des

innocents sont toujours atteints par le prononcé d'une peine criminelle, et cela peut être l'effet inévitable d'un choix effectué en vue d'un plus grand bien. Nous affirmons toutefois que le tribunal devrait tenir compte d'un facteur aussi important. Cela pourrait le conduire dans une direction différente, faisant de la condamnation une mesure axée sur l'élévation des valeurs et mettant l'accent sur d'autres objectifs, comme le dédommagement dans le choix d'une peine collective appropriée.

b) *Considérations d'efficacité*

De plus nous nous demandons jusqu'à quel point le processus collectif peut frustrer notre espoir de voir les sanctions changer le cours du comportement de la compagnie. Prenons, par exemple, la question de l'effet intimidant de la peine. Lorsque des sanctions collectives doivent avoir un effet préventif sur le comportement, on s'attend, lorsqu'elles sont imposées, à ce que leur impact ou la menace que représente cet impact, modifie le mode de comportement des individus à l'intérieur du groupe. Normalement, dans le cas d'un délinquant, la honte ou la gêne causée par une sanction pénale produira un impact émotionnel et influencera probablement le comportement de l'individu. Toutefois nous sommes loin d'être certains que les sanctions produisent le même effet dans le cas d'un groupe. A moins que l'individu ne s'identifie de très près au groupe (ce qui est peut-être moins probable dans le cas des entreprises industrielles et commerciales que dans le cas des groupements religieux, pédagogiques ou autres), l'impact semble se diluer lorsqu'il est transmis à l'individu par le biais du groupe dont il fait partie. L'individu peut simplement considérer que la culpabilité de la compagnie n'est pas le reflet de sa propre moralité.

En ce qui concerne l'influence de la sanction sur le comportement à l'intérieur du groupe, son efficacité s'évalue d'abord et avant tout par l'impact qu'elle a sur ceux qui sont en position d'opérer des changements. Il faut considérer l'impact direct que la sanction aura sur eux, la plupart du temps au niveau économique, ou la pression qui peut émaner du groupe. Il existe donc, dans une très large mesure, une corrélation entre ce qui constitue une sanction injuste et ce qui constitue une sanction inefficace. Si un actionnaire est sanctionné injustement, il se peut qu'il ne puisse pas faire grand-chose pour changer la situation.

Lorsque les actionnaires ressentent l'effet d'une sanction, la structure de la corporation peut fort bien les empêcher d'influencer directement le cours de son activité. Le contrôle réel peut appartenir à un petit groupe d'actionnaires, ou simplement aux gestionnaires. Si la répercussion ou la menace de répercussion de la sanction n'est pas suffisante pour obliger ceux qui contrôlent la compagnie à se conformer aux dispositions auxquelles elle se rapporte, il n'est guère probable que l'entreprise s'y soumette dans l'avenir.

Nous nous rendons compte que l'actionnaire touché par la sanction n'est pas totalement impuissant. Il peut avoir recours à certaines procédures prévues par la législation canadienne relative aux compagnies; ainsi il peut demander au tribunal de commettre d'office des inspecteurs après avoir intenté une action dérivée. Mais de telles mesures ne parviennent pas à justifier certaines méthodes d'application des peines qui sont incapables, par elles-mêmes, d'atteindre les objectifs de la disposition pénale qu'elles sont appelées à appuyer.

En outre, dans bien des cas, l'actionnaire ne connaît même pas l'existence de la sanction; elle devrait au moins faire l'objet d'une communication. Pour obtenir un résultat positif, la cour pourrait exiger, en plus d'imposer une amende ou une autre sanction économique, que la compagnie informe ses actionnaires de la nature de l'infraction, de la sanction imposée et des mesures projetées pour corriger la situation délictueuse. L'information du groupe est peut-être le premier pas à faire pour en arriver à un réajustement interne des objectifs.

Toutefois, un autre aspect de cette question doit retenir notre attention. Même si la haute direction de la compagnie ressent le contrecoup d'une sanction collective ou individuelle, il se trouvera des cas où les effets positifs de la peine seront considérablement amoindris par les pressions des sous-groupes et des syndicats pour empêcher tout changement dans les politiques de la direction. Bien qu'il soit difficile de prévoir et de prendre en considération ces facteurs dans les cas particuliers, ils permettent quand même d'entrevoir les difficultés qui peuvent se dresser lorsque le but d'une sanction est de redresser la conduite de la compagnie en exerçant une pression au niveau même de sa structure.

La conclusion qu'on peut tirer de ces considérations, c'est que si on doit recourir à une sanction pénale à l'encontre d'une compagnie délinquante en vue d'assurer la protection générale de la société, *il serait peut-être plus efficace de mettre l'accent, lorsqu'il est possible de le faire, sur celle qui fait disparaître directement la menace de préjudice en intervenant au niveau de l'activité de la compagnie plutôt que de tenter de faire du processus décisionnel qui la caractérise un modèle d'observation de la loi.* Si l'on croit nécessaire de protéger le public d'une compagnie qui fait par exemple de la publicité mensongère, il serait sans doute plus approprié d'exiger de l'accusée qu'elle se conforme à une ordonnance spécifique de la cour que d'essayer d'influencer le processus de décision de l'entreprise par des attaques sporadiques contre les profits qu'elle veut réaliser. Un strict contrôle judiciaire ou administratif de la publicité de cette compagnie, ou une interdiction absolue quant à son utilisation, peut s'avérer une mesure beaucoup plus efficace si les décisionnaires ne semblent pas pouvoir être atteints par des sanctions plus conventionnelles. En dernière analyse, si la compagnie constitue une menace sérieuse pour les valeurs sociales, sa dissolution pure et simple ou sa mise sous surveillance étroite de la part du tribunal peut s'avérer plus efficace qu'une tentative visant à influencer le comportement de certains décisionnaires par le biais de sanctions économiques collectives. Toutefois, les conséquences de telles mesures peuvent être tellement graves qu'on doit les considérer comme une menace de dernier recours, à n'être brandie que si aucune autre sanction n'est appropriée.

La compagnie et le pouvoir économique

En considérant la compagnie comme un groupe, nous avons pu relever plusieurs facteurs qui devraient être pris en considération dans l'élaboration et l'utilisation des sanctions à son égard. Nous proposons maintenant d'étudier la compagnie sous un autre angle, celui du contrôle des ressources qu'elle exerce et de sa situation dans notre système économique.

a) *Le redressement des torts*

Le désir des compagnies de réaliser des profits s'inscrit particulièrement bien dans le prolongement du troisième objectif que nous avons attribué à la détermination de la sanction, soit le redressement du tort causé aux victimes de l'infraction. Dans notre cinquième document de travail, nous avons discuté du dédommagement et de l'indemnisation, en insistant sur l'importance d'engager le délinquant dans une voie qui l'inciterait à dédommager volontairement la victime. Il peut s'agir de rendre son bien à la victime ou de lui verser des dommages-intérêts. Le dédommagement permet à la victime de rentrer en possession de son bien sans avoir à intenter une poursuite civile coûteuse; de plus il encourage le délinquant à endosser la responsabilité de sa conduite tout en remplissant ses devoirs envers la victime et envers la société.

Bien qu'à plusieurs égards, le dédommagement soit adapté à la délinquance économique, laquelle est souvent le propre des compagnies, il comporte néanmoins certaines difficultés. En raison du grand nombre de victimes d'infractions de ce genre, il peut parfois surgir des problèmes au niveau du traitement des réclamations. Il semble également qu'assez souvent, le tort subi par la victime soit relativement mineur. Pris séparément, ces dommages sont tout simplement trop peu importants pour être réglés de façon économique, bien qu'on commettrait une grave injustice en permettant à la compagnie d'en tirer profit. De même, les actes d'une entreprise peuvent parfois porter atteinte à des intérêts que partage la collectivité en général; ils ne sont pas forcément rattachés à des droits que notre législation reconnaît aux particuliers, de sorte qu'ils peuvent ne donner ouverture à aucune demande de dédommagement. Enfin le calcul des pertes peut présenter un énorme fardeau pour le tribunal, particulièrement dans une cour pénale; même s'il est effectué par un personnel spécialisé, les meilleures estimations ne sont souvent qu'une vague approximation reposant sur des facteurs fort limités.

Bien que nous reconnaissions l'existence de difficultés majeures, nous considérons qu'il est d'une importance extrême de viser au redressement des dommages causés par l'infraction pénale résultant du comportement d'une compagnie. ***En premier lieu,***

nous recommandons le dédommagement lorsqu'il a été établi que les victimes ont subi une perte importante, ou lorsque, sans égard au peu d'importance de la perte, le dédommagement des victimes peut s'effectuer sans efforts démesurés. Par exemple, le prix excessif porté au compte d'un consommateur peut souvent être redressé par une opération comptable assez simple.

En second lieu, lorsque le dédommagement n'est pas réclamé ou que plusieurs victimes ont subi des dommages assez peu élevés, la cour devrait être autorisée à évaluer les profits illégaux réalisés par la compagnie et ordonner que la somme soit versée à l'État, sous réserve, comme nous l'avons suggéré auparavant, de la possibilité de l'utiliser pour honorer les jugements rendus lors des procès civils engagés contre la compagnie. Les montants payés pourraient être déposés dans un fonds à même lequel on pourrait verser des octrois à certains organismes d'intérêt public, afin d'encourager la représentation personnelle des victimes des activités illégales des compagnies. Cette mesure serait particulièrement salutaire, compte tenu de notre recommandation visant à exclure les réclamations relatives aux biens du régime d'indemnisation pénale dont nous avons exposé les grandes lignes dans notre document de travail n° 5; ce régime serait alimenté par les amendes.

En troisième lieu, l'infraction résultant de la conduite d'une compagnie et causant des dommages à des biens comme l'air et l'eau, lesquels sont des ressources collectives, devrait en certains cas déboucher sur une ordonnance judiciaire obligeant la compagnie à verser des dommages-intérêts en raison du préjudice causé au domaine public. Les lois conçues pour sauvegarder des biens comme l'air et l'eau devraient autoriser les tribunaux à prononcer des sanctions qui serviraient à rembourser au moins en partie les fonds publics qui sont consacrés à leur entretien.

b) *La compagnie dans le système économique*

L'imposition de sanctions économiques à une compagnie soulève des problèmes épineux en raison de la place qu'elle occupe dans le système économique. Bien qu'il soit possible de parler d'amendes considérables, de dédommagement et de dommages-intérêts, la compagnie n'est pas la seule à subir les conséquences

qu'entraîne la sanction. Non seulement devons-nous nous préoccuper des conséquences de la sanction à l'intérieur de la compagnie (nous en avons parlé abondamment, lorsqu'il a été question d'équité et d'efficacité), mais encore devons-nous considérer ses effets à un niveau plus général.

De nombreuses corporations ont des milliers de clients qui se procurent leurs articles et leurs services. Les sanctions économiques comme les amendes peuvent être perçues de la même façon que les impôts et les déficits, soit simplement comme un facteur de plus à prendre en considération dans l'ensemble de la situation financière de l'entreprise. Dans la mesure où les prix des biens et services de la compagnie accuseront une hausse sur le marché, c'est l'ensemble des consommateurs qui feront les frais de la sanction économique. Dans bien des cas, la sanction devient donc illusoire; en plus de ne provoquer aucun encouragement à un changement de comportement au sein de la compagnie, elle s'ajoute aux nombreux facteurs qui contribuent à la hausse des prix.

Toutes les compagnies ne peuvent quand même pas faire porter au public le poids de l'amende. Certaines d'entre elles en subiront vraiment les conséquences, particulièrement lorsque l'amende est imposée en sus d'une ordonnance exigeant une dépossession des profits illégaux. Et bien que l'on puisse considérer que de fortes amendes peuvent dissuader de récidiver les compagnies qui ont été véritablement touchées, on ne peut ignorer l'impact de la sanction sur la collectivité. Un coup aussi grave porté à la situation financière d'une compagnie peut influencer l'actionnaire et ébranler la confiance qu'il a placée en elle. Celle-ci peut avoir des difficultés à obtenir le capital dont elle a besoin pour l'expansion de ses activités, ou même pour poursuivre celles qu'elle a déjà entreprises. Tout cela risque de porter atteinte aux intérêts des créanciers, dont la situation peut être menacée, à ceux des employés qui peuvent être congédiés, à ceux des employés éventuels qui auraient peut-être été engagés s'il en avait été autrement, à ceux des entreprises de services qui répondent à la demande locale due à la présence de la compagnie, et à ceux de la collectivité entière qui ne peut plus obtenir les services fournis par la compagnie.

Jusqu'à un certain point ces répercussions se produisent, peu importe qu'on utilise ou non le processus pénal. Les recours civils, particulièrement les dommages-intérêts, ont la même influence, et certaines des sanctions que nous avons suggérées ici ne font que compléter le processus civil en restituant aux victimes ce qui leur appartient de droit. Toutefois, nombre de ces sanctions vont encore plus loin. Les amendes, les dommages-intérêts et certaines ordonnances de dédommagement exigeront que les compagnies versent des sommes qui ne proviennent pas directement des profits illégaux. D'autres sanctions que nous avons mentionnées, par exemple celles qui concernent une publicité défavorable à l'accusée, les restrictions apportées au droit de faire des affaires et l'ultime sanction, la dissolution de la compagnie, peuvent même causer un impact encore plus sérieux sur la situation économique que les sanctions pécuniaires.

Nous ne voulons pas dire que les compagnies ne devraient pas se voir imposer de sanctions lorsqu'il en résulterait des conséquences économiques défavorables pour la collectivité, ni que des affaires marginales ont droit à une immunité qui ne serait pas partagée par des entreprises plus prospères. Toutefois nous pensons que des directives relatives à l'imposition de sanctions aux compagnies devraient inviter les législateurs, qui risquent d'opter pour une gamme de sanctions restreintes ou encore pour des sanctions obligatoires, et les juges, qui risquent autrement de prendre un chemin plus simple pour imposer une peine, à porter une attention particulière à ce que la compagnie représente en tant que composante de notre système économique.

La négociation de la sanction

Les réflexions précédentes n'épuisent pas le sujet de la sanction à prononcer envers une compagnie. Nous avons simplement suggéré un point de départ pour que la compagnie soit considérée comme autre chose qu'«une personne qui a de l'argent». Les sanctions qui font partie de l'arsenal traditionnel du droit pénal ne sont pas toujours appropriées. Le désir de punir le délinquant ou de le dissuader de recommencer, devra peut-être dans certains cas céder

le pas aux sanctions qui visent à la réparation du dommage. La raison en est bien simple: une compagnie peut ne pas être tellement sensible au châtiment et à l'intimidation.

Nous avons tenté d'établir un cadre à l'intérieur duquel il faudra réaliser un équilibre difficile et qui exigera une façon de faire plus sophistiquée qu'à l'heure actuelle. Les tribunaux devraient être pourvus d'une information abondante sur les activités de la compagnie, et ils devraient bénéficier de l'aide de spécialistes pour évaluer l'impact de la sanction sur la compagnie et sur la collectivité où elle opère. En ce moment, nous ne pouvons offrir de solution détaillée à ces problèmes.

Par contre, nous pensons que certains de ces problèmes pourraient être atténués si la compagnie délinquante et ses victimes négociaient de façon libre et volontaire, dans le but d'en arriver à une sanction consensuelle qui, en plus de permettre le dédommagement des victimes, inciterait les gestionnaires de la compagnie à accepter des mesures susceptibles d'éviter dans l'avenir la perpétration d'infractions. Pour que cette méthode soit efficace, il faudrait que les compagnies consentent à négocier franchement, de façon à ce qu'on puisse évaluer ce qu'elles sont raisonnablement capables et incapables de faire en considérant l'ensemble de l'économie. Dans plusieurs cas, il serait également nécessaire que les groupes d'intérêt public obtiennent la permission de participer aux négociations afin de représenter les victimes. Le rôle du tribunal se limiterait à arbitrer les différends et à donner son approbation au règlement de l'affaire. Il pourrait aussi se réserver le droit d'imposer un contrôle de l'exécution des termes de l'entente.

L'approche que nous avons décrite pourrait être employée à l'un de deux stades du processus pénal. Bien que nous ayons porté notre attention sur les diverses façons de punir une compagnie déclarée coupable, *il n'est pas obligatoire de restreindre les négociations au stade postérieur au procès. Il se peut fort bien que l'on puisse résoudre la question de façon satisfaisante avant le procès.* Nous avons répété à plusieurs reprises, dans nos documents de travail, la nécessité de faire preuve de modération dans le recours au droit pénal, et dans notre document de travail intitulé *La déjudiciarisation* nous encourageons le retrait, à divers stades du processus pénal, des causes qui peuvent être réglées de façon efficace par d'autres moyens. Nous avons notamment fait ressortir l'importance d'un règlement amiable comme solution de rechange

au procès. La négociation permettrait au délinquant et à la victime de chercher ensemble un règlement satisfaisant; celui-ci pourrait comprendre, par exemple, une clause de dédommagement et un engagement quant à la conduite future de la compagnie. Les fins de la justice seraient bien servies si au lieu de procéder de façon officielle à la détermination de la culpabilité du délinquant, on obtenait de lui la reconnaissance de sa responsabilité et son engagement de respecter les conditions de l'accord.

Nous croyons que de nombreuses compagnies accusées d'infractions pénales seraient prêtes à engager des négociations en dehors du processus pénal, plutôt que d'être mêlées à un procès pénal. Bien entendu, tout dépendrait de l'infraction, de la sanction probable et du coût susceptible d'être supporté par la compagnie du fait de se plier au règlement proposé. Toutefois, il importe de préciser que *nous n'envisageons pas les négociations comme un simple règlement entre les compagnies et les organismes chargés de l'application de la loi*, de crainte que cela ne dégénère en «jugements par consentement». Cette formule pourrait alors devenir une simple question de commodité, une façon pour les deux parties de régler un problème selon la loi du moindre effort en optant pour une solution qui pourrait s'avérer tout au plus une taxe permettant de faire des affaires. *Le rôle de la victime serait essentiel. Et il est important de donner aux organismes d'intérêt public l'occasion de participer aux discussions en vue d'un règlement déjudiciarisé, lorsqu'on parviendrait à démontrer qu'ils ont les aptitudes et l'intérêt voulus pour représenter les victimes ou, dans certains cas, le public.* Sans une telle représentation, les compagnies seraient dans une position trop avantageuse à la table des négociations.

Toutefois, nous ne voulons pas donner l'impression que la compagnie délinquante devrait automatiquement être «déjudiciarisée» du seul fait qu'elle serait disposée à indemniser ses victimes. Il est tout à fait évident que dans certaines affaires, ce serait là une utilisation abusive du processus pénal. Un délinquant ne devrait pas être admis à se contenter de verser une indemnité pour réparer son crime, tout en ne tenant pas compte de ses autres implications. Dans notre proposition de déjudiciarisation, nous prévoyons que le procureur de la Couronne décidera lui-même s'il est nécessaire, pour satisfaire tout motif important, de mener l'affaire à procès, ou si justice sera faite en autorisant le règlement de la question hors cour.

La responsabilité pénale collective dans un contexte plus vaste

Bien que nous ayons jusqu'à présent concentré notre attention sur les compagnies, nous avons mentionné dans l'introduction que nous accordons un intérêt plus grand à l'action des groupes en général. Nous nous sommes attardés aux compagnies à cause de leur vaste champ d'activité, de leur situation économique importante et des conflits qui peuvent se produire entre leurs intérêts et ceux du public.

La compagnie n'est qu'une façon dont les groupes poursuivent leurs activités. Certaines gens font des affaires sans être constitués en corporation, par exemple, en propriété unique ou en société. Les travailleurs ont cherché dans la structure syndicale, un véhicule pour leur expression collective. Des personnes s'assemblent aussi en groupes non incorporés comme des clubs et associations. Ils mènent leur action collectivement par le moyen d'assemblées publiques, tels les conseils municipaux et les conseils de bandes (indiennes), ou en remplissant le rôle conféré par la loi aux organismes administratifs comme les commissions des relations du travail. Il est d'autres individus qui agissent collectivement dans les structures propres au «crime organisé».

Bien qu'il existe plusieurs groupes possédant des types d'organisations et des objectifs différents, le genre d'analyse que nous avons fait relativement à la responsabilité des particuliers et des compagnies, ainsi qu'aux objectifs et techniques propres à la détermination des sanctions, peut conserver toute son actualité

lorsqu'on examine la responsabilité pénale qui peut découler d'autres activités de groupe. S'il est légitime de faire appel au droit pénal en vue de réglementer les comportements collectifs et de prévenir certains genres de préjudices sociaux, il serait arbitraire de restreindre ce rôle aux seules compagnies.[1] Bien que celles-ci dominent le monde des affaires, elles n'en ont quand même pas le monopole. Les sociétés et entreprises à propriétaire unique sont engagées dans des activités du même ordre, bien que notre droit pénal ne les reconnaisse généralement pas comme des «entités». La concurrence est également manifeste entre les compagnies et le gouvernement, là où ce dernier, par le truchement de ses compagnies de la Couronne, s'est introduit dans des domaines traditionnellement réservés à l'entreprise privée comme le logement et le commerce. N'est-il pas juste de penser que les considérations relatives au groupe, qui contribuent à étayer le rôle important joué par la responsabilité des compagnies, devraient également promouvoir l'adoption dans ce genre de situation d'une approche axée sur la responsabilité collective? Et les considérations qui sous-tendent notre approche de la responsabilité personnelle découlant de la participation à la conduite de la compagnie, ne devraient-elles pas avoir la même valeur en ce qui concerne les groupes qui ne sont pas incorporés et les compagnies publiques? Nous répondons par l'affirmative.

La portée d'un concept général de responsabilité collective serait certes limitée par le rapport entre les activités de certains types de groupes et la tendance de l'État à imposer des contrôles d'ordre réglementaire.

Lorsque nous sortons des entreprises industrielles et commerciales, nous constatons un changement dans la possibilité d'appliquer la responsabilité pénale aux activités de groupe; de plus, la probabilité est plus éloignée de soumettre au processus pénal des associations bénévoles ou des clubs qui ne sont pas incorporés. Mais cette possibilité existe quand même; de tels organismes peuvent être impliqués, par exemple, dans des loteries ou des jeux illégaux. Des syndicats peuvent se livrer à des réunions illégales ou à des arrêts de travail illégaux. Les agences et les ministères

[1] Certains groupes évoluent dans le même secteur d'activités que les compagnies.

gouvernementaux eux-mêmes peuvent se trouver impliqués dans des activités réprimées par le droit pénal: on n'a qu'à penser aux infractions relatives à la protection de l'environnement.

Ainsi, est-il sensé de tracer la ligne de démarcation au niveau de la compagnie? Ne devrions-nous pas plutôt appliquer les approches que nous avons expliquées à d'autres genres d'organisations? Nous examinerons trois facteurs qui peuvent servir de base à une différenciation entre les compagnies et autres groupes pour les fins du droit pénal.

En premier lieu, il y a la personnalité juridique qui s'attache à la compagnie. Bien que ce facteur puisse expliquer partiellement le développement de la responsabilité pénale, nous ne le considérons pas d'importance capitale. Selon nous, la caractéristique la plus importante de la constitution en compagnie, du point de vue du droit pénal, c'est qu'elle permet de définir le groupe, et d'identifier des activités de même que des individus par rapport à ce groupe. Mais il existe d'autres façons de définir le groupe, mise à part l'incorporation. Les syndicats peuvent être définis par l'examen de leurs documents constitutifs et la reconnaissance officielle qui résulte de la procédure d'accréditation; les sociétés découlent d'accords formels, et elles sont aussi reconnues officiellement par le gouvernement du fait de leur enregistrement. Les clubs et les associations peuvent être définis comme tels par leurs actes constitutifs et, dans certains cas, être reconnus à quelque fin officielle.

L'importance que nous avons accordée au problème de la définition s'accompagne toutefois de restrictions quant à la possibilité d'invoquer dans la pratique la responsabilité collective. Le fait que certains groupes n'aient pas le statut d'organisations légitimes et soient considérés comme des associations de malfaiteurs, nous interdit de les reconnaître comme des groupes. Le mystère qui enveloppe les activités du «crime organisé», par exemple, rend impossible le type de définition du groupe qui est pourtant essentiel pour envisager l'action criminelle d'un point de vue collectif.

En deuxième lieu, on peut parler de la complexité des structures propres aux compagnies. C'est là aussi une façon peu réaliste de faire une distinction entre les compagnies et les autres groupes.

Nous avons déjà signalé que les structures des compagnies étaient extrêmement variées. De fait, il en existe toute une gamme: de l'entreprise à propriétaire unique à la société multinationale. Bien que notre étude de la responsabilité pénale ait surtout été dirigée par la nécessité qu'il y a, selon nous, à réagir au comportement des entreprises considérables, nous ne pouvons nier que certaines grandes firmes qui ne sont pas incorporées sont beaucoup plus complexes que bon nombre de compagnies. Après tout, la plupart de celles-ci sont petites et privées.

En dernier lieu, on mentionne la capacité qu'ont les compagnies de posséder des biens. C'est une autre base fragile pour établir une distinction. Il n'est pas nécessaire qu'un groupe soit propriétaire de biens en son nom pour lui faire porter une responsabilité collective. Bien que la capacité qu'a une compagnie d'être propriétaire soit manifestement utile pour lui imposer une sanction, puisque le paiement de l'amende ou le dédommagement peut se faire à même les biens qu'elle possède, le fait qu'elle soit propriétaire n'est pas, à notre avis, un facteur capital. Les groupes peuvent avoir un fonds commun sans pourtant être incorporés. Les sanctions pécuniaires peuvent être établies en fonction de l'importance de ce fonds, de sorte que la situation financière du groupe, et non pas celle de ses membres, sert de base à la détermination de la sanction. La question technique de savoir qui est propriétaire du fonds, au sens purement juridique, ne constitue pas une préoccupation principale lorsqu'il s'agit d'imposer une sanction pénale, particulièrement dans le cas où il subsiste une possibilité accessoire de se retourner vers les membres lorsque la compagnie ne se conforme pas à la peine qui lui a été imposée.

Il nous est donc difficile de considérer la constitution en compagnie comme un facteur pertinent dans la délimitation de l'application de la responsabilité pénale à l'action des groupes. Les considérations dont nous avons fait état en faveur de l'application du droit pénal à l'activité des compagnies, nous paraissent tout autant justifiées quand il s'agit d'autres groupes tels que les sociétés et les syndicats. Cependant nous n'avons pas envisagé toutes les conséquences de l'imposition de la responsabilité pénale à d'autres groupes que les compagnies. Ainsi, bien que nous concluions d'une façon générale qu'il ne faudrait pas invoquer des raisons purement

juridiques liées au statut des compagnies pour refuser d'appliquer les notions de responsabilité individuelle et collective au comportement des groupes, nous admettons qu'une étude plus approfondie de la question pourrait faire apparaître des raisons valables de ne pas assujettir les activités de certains groupes à la responsabilité pénale. Il faudrait s'interroger plus à fond sur les rôles joués par différents groupes dans la société, pour décider si ces divers rôles sont compatibles avec leur assujettissement au contrôle social par le biais du droit pénal, surtout en raison des problèmes posés par la détermination de la peine à l'égard des groupes.

Le rôle limité de la responsabilité pénale à l'égard de l'activité des compagnies

Dans ce document de travail, nous nous sommes appliqués à définir un cadre approprié à la responsabilité pénale et à la détermination des sanctions à l'égard des compagnies, en partant du principe que le droit pénal constitue une façon adéquate de répondre au besoin éprouvé par la société de contrôler les activités des groupes. Mais, lorsque nous considérons ce que les surveillances des activités des groupes exigent de notre système judiciaire, nous nous rendons compte que le droit pénal, tout au moins celui dont nous sommes disposés à recommander l'adoption, est limité par les objectifs qui lui sont propres. Ceux-ci comprennent le renforcement des valeurs sociales et l'exercice d'une certaine dose de contrôle de l'activité des compagnies par le biais de la réglementation.

Si on l'envisage sous l'angle de ses objectifs, le droit pénal a, de par sa nature, des possibilités d'action limitées. Du fait qu'il met l'accent sur l'élément de faute et qu'il est régi par des procédures et des règles de preuves assez strictes, pour faire contrepoids à l'autorité de l'État — et nous croyons qu'il est de son devoir de le faire — il y perd une certaine efficacité. En outre, étant donné que le procès pénal vise surtout des actes individuels, il lui est difficile d'embrasser les comportements de plus grande envergure qui sont ceux des compagnies. Bien que des infractions telles que la négligence criminelle exigent un examen de la ligne de conduite de la compagnie, et que la défense de diligence raisonnable contribue à détourner l'attention des incidents isolés vers les pratiques

générales, il n'en demeure pas moins que l'interprétation de l'acte d'un individu reste déterminante pour apprécier la présence de l'élément de faute. Le caractère criminel d'un comportement s'évalue en fonction de l'acte auquel renvoie l'accusation, et la sanction, qu'il s'agisse d'une amende, d'un dédommagement, de dommages-intérêts ou d'une directive précise relative à la conduite future du délinquant, est nécessairement en rapport avec l'acte criminel autour duquel gravite le litige.

Le procès pénal n'est donc pas vraiment le moyen approprié pour réorganiser la structure d'une compagnie ou réformer la façon dont elle fait des affaires. Bien qu'un système de détermination de la peine plus souple qu'à l'heure actuelle permettrait de recourir à des mesures innovatrices, le procès pénal n'est fondamentalement pas un organe de réglementation ; il ne constitue qu'un véhicule permettant de réagir de certaines façons bien définies à la preuve d'un acte antisocial.

Même s'il était possible aux tribunaux de juridiction pénale de réagir de façon inventive au comportement des compagnies, l'utilisation du droit pénal comme principal moyen de surveiller leurs activités risquerait de n'être pas très efficace. Certaines situations peuvent s'avérer trop complexes, ou peut-être trop délicates au point de vue politique, pour permettre au droit pénal de les résoudre de façon satisfaisante, particulièrement dans le cas des grandes compagnies qui fournissent des services essentiels. Il peut être nécessaire, si l'on veut prendre des mesures efficaces pour sauvegarder l'intérêt public, de scruter l'ensemble du fonctionnement de la compagnie au cours d'une enquête spéciale, et d'envisager des solutions comme sa nationalisation ou sa mise en tutelle. Une fois de plus, les moyens limités qu'offre le processus pénal pour examiner la ligne de conduite générale d'une organisation et pour réformer ses modes d'organisation, nous obligent à recourir à d'autres méthodes de surveillance.

Sur un autre plan, le droit pénal est difficile et coûteux à appliquer, et au mieux il permet tout au plus de réagir sporadiquement à une conduite illégale. Bien qu'il soit impossible d'évaluer son degré d'efficacité dans le domaine qui nous occupe, nous croyons, à la suite de nos conversations avec les responsables des enquêtes et des poursuites relatives aux activités criminelles des compagnies,

que l'application du droit pénal ne permet que d'effleurer le problème. En voici quelques raisons: insuffisance des ressources consacrées à l'application de la loi; mystère qui entoure certaines activités des compagnies; relâchement dans l'application des lois qui exigent la recherche de renseignements; nécessité de posséder un degré plus élevé de connaissances spécialisées dans la tenue des enquêtes; temps consacré à chaque enquête et chaque procès; difficulté de monter une cause documentée conformément aux normes de preuve en vigueur dans un procès pénal. Mais la raison la plus évidente est sans doute l'envergure réelle du problème. Nombre des infractions créées par nos lois et règlements ne reposent pas sur des principes moraux partagés par l'ensemble de la collectivité: soit qu'elles n'aient aucune résonnance auprès de plusieurs citoyens, soit que l'on ait simplement tendance à croire qu'une infraction que la loi ne peut mettre à exécution n'en est pas une. Et le législateur a créé tellement d'infractions qu'au mieux, on doit se contenter d'appliquer les plus graves, et même là on le fait de façon sélective. Établir des règlements et essayer de prendre sur le fait ceux qui les enfreignent ne constitue simplement pas, selon nous, une façon efficace d'atteindre les objectifs visés par la réglementation.

Certaines lois, bien entendu, sont plus faciles à appliquer que d'autres. On découvre rapidement les infractions aux lois dont la violation est la plus apparente; il en est ainsi d'une infraction contre la Loi sur le dimanche. Si on porte une accusation sans délai et si les sanctions imposées rendent la violation financièrement très désavantageuse, le recours au droit pénal peut s'avérer efficace. Dans le cas d'activités moins apparentes comme la violation des lois sur les valeurs mobilières, la difficulté de l'enquête amoindrit considérablement le risque que l'infraction soit décelée. Et moins il y a de chances de découvrir l'infraction, moins il y a de possibilités qu'une sanction pénale efface les profits réalisés par un modèle de comportement frauduleux. Bien qu'une menace d'emprisonnement ait sans contredit, auprès d'un dirigeant de compagnie, une valeur intimidante supérieure à la perspective d'une amende que la compagnie peut se contenter de refiler au consommateur, aucune de ces deux sanctions n'aura d'impact sur la répercussion réelle si le risque de se faire prendre est minime.

Nous ne prétendons pas que les lois pénales sont toujours inefficaces en l'absence d'une application diligente. Dans certains cas, il est évident qu'elles le sont. De nombreux hommes d'affaires observent les lois du simple fait qu'elles existent. Plusieurs infractions ne constituent en fin de compte que la concrétisation de saines pratiques qui ont cours dans le monde des affaires. Mais dans le cas des infractions qui ne s'enracinent ni dans la déontologie des affaires, ni dans des principes moraux couramment admis, le respect de la loi semble dépendre entièrement de ses possibilités d'application. Nous pouvons, bien entendu, accroître nos possibilités d'appliquer la loi. Nous pourrions voter des lois obligeant les compagnies à exercer plus ouvertement leurs activités. On pourrait aussi consacrer plus de ressources à l'application de la loi. Mais malgré ces améliorations, le droit pénal ne constituerait pas vraiment un moyen efficace d'assurer le respect de l'intérêt public. Sans la possibilité d'exercer un niveau de surveillance qui aura pour effet d'empiéter sur un droit que nous respectons, soit le droit à l'intimité, et sans le recours à une réaction sociale très dure qui heurterait nos traditions démocratiques, nous ne croyons pas à l'efficacité du processus pénal comme approche principale du problème auquel nous faisons face.

Il est évident que le droit pénal ne fonctionne pas de façon isolée. Des contrôles peuvent s'effectuer par le biais d'autres techniques juridiques. La difficulté qui s'attache au contrôle des activités de groupe vient précisément du fait qu'il importe de fondre un grand nombre d'approches dans un ensemble législatif susceptible d'inciter les décisionnaires à respecter la loi. Nous utilisons déjà, et nous devrions peut-être utiliser davantage, des mesures incitatives d'ordre économique pour influencer le choix des lignes de conduite à l'intérieur des compagnies, par le biais des conditions posées à l'occasion de dégrèvements fiscaux ou de subventions de l'État. Nous nous servons aussi d'autres techniques administratives, telles que l'établissement et l'application de normes relatives à la pratique de diverses activités, et l'attribution de permis à ceux qui désirent s'y adonner. Ici aussi, comme il se doit, les normes et les conditions doivent être appliquées pour être efficaces, mais les difficultés sont plus simples à surmonter que celles qui sont rencontrées au niveau du processus pénal. Les demandes de renseignements qui sont adressées dans le cadre d'une structure admi-

nistrative peuvent se justifier par des considérations d'efficacité; elles sont donc moins susceptibles d'être considérées comme des atteintes à la liberté que si elles s'inscrivent dans le processus pénal. On peut effectuer des inspections. Le mécanisme de décision est régi par des règles moins strictes et on peut faire porter l'étude sur la conduite générale de la compagnie plutôt que sur les actes isolés. Des ordonnances administratives peuvent être émises rapidement dans le but de mettre un terme aux pratiques qui ne répondent pas aux exigences prescrites. Les questions de responsabilité pénale n'ont aucune pertinence lorsqu'une activité menace de blesser des gens ou de détruire des biens. Ce dont nous avons un pressant besoin, c'est un fondement juridique permettant aux gouvernements d'intervenir rapidement pour mettre un frein à des pratiques nuisibles et saisir des produits dangereux. Si on doit recourir à des sanctions, celles-ci peuvent être imposées à titre de pénalités administratives, ce qui éviterait au délinquant de se soumettre au rituel et à la flétrissure d'un litige pénal. Toutefois il serait possible, au besoin, de donner aux pénalités l'appui de procédures judiciaires. Le modèle administratif donne la possibilité d'utiliser une plus grande variété de techniques pour influer sur le comportement des compagnies et c'est donc un procédé de réglementation plus approprié que le droit pénal. Il est aussi utile qu'un système de prohibition aux entreprises qui cherchent à rendre leurs pratiques conformes aux normes prescrites.

Il faut aussi mettre l'accent sur l'importance de la réglementation interne des compagnies. La législation moderne sur les compagnies s'oriente de plus en plus vers la définition des recours des actionnaires minoritaires et des obligations des administrateurs. Peut-être faudra-t-il songer à des solutions plus radicales, comme la représentation de l'intérêt public aux conseils d'administration de nos grandes compagnies. Et même le recours au droit civil peut s'avérer une façon efficace de contrôler les compagnies, particulièrement si l'accès aux tribunaux civils se trouve facilité par certaines techniques nouvelles: l'action en justice de type collectif, d'une part, et la poursuite parrainée par le gouvernement au nom des consommateurs, d'autre part. Les actions prévues dans la législation américaine relative aux monopoles, qui visent à obtenir le triple des dommages encourus, constituent un autre

exemple de contrôle de nature civile, bien que les dommages-intérêts punitifs imposés devraient être discrétionnaires et devraient reposer sur des considérations semblables à celles sur lesquelles nous avons insisté dans notre discussion de l'imposition d'une sanction à un groupe.

Les recours civils ont en plus l'avantage de constituer une base plus appropriée que le droit pénal pour dédommager les victimes lésées par les activités d'une compagnie. Bien que, dans ce document de travail, nous ayons insisté sur l'importance du dédommagement au titre des sanctions imposées aux compagnies, et bien que nous soyons d'avis que le dédommagement devrait faire partie de l'arsenal de sanctions propre à un système judiciaire qui met l'accent sur l'utilisation des infractions réglementaires, nous nous empressons d'ajouter que ce n'est pas là, selon nous, la meilleure façon d'imposer aux compagnies un système de responsabilité financière. Faire dépendre le recouvrement des dommages de la mobilisation fructueuse du système de justice pénale, est loin de représenter une manière efficace d'atteindre les objectifs reliés principalement au transfert de biens. Le genre d'évaluation qui s'impose est plus aproprié aux tribunaux civils, et nous préférerions que ces besoins soient satisfaits par le biais de standards de responsabilité civile définis dans des règlements.

Bien entendu, pour apprécier correctement la valeur de ces autres approches, il faudrait effectuer des recherches approfondies. Aussi nous contentons-nous ici de les proposer à titre de solutions de rechange: prises ensemble ou séparément, celles-ci peuvent être tout aussi efficaces, et même plus efficaces que le droit pénal pour servir d'appui aux politiques visant à contrôler l'action des compagnies. A l'heure actuelle, on se sert déjà de certaines de ces méthodes. Et bien que quelques-unes d'entre elles pourraient être adoptées par le Parlement fédéral, d'autres ne le pourraient pas. Une des difficultés que nous rencontrons au Canada, c'est qu'aux termes de notre Constitution, l'autorité législative est divisée. Un niveau de gouvernement n'aura pas toujours la possibilité de régler les problèmes de façon efficace, et c'est pour cette raison qu'une coopération entre le gouvernement fédéral et les provinces peut devenir nécessaire si on veut aborder de façon coordonnée la surveillance de l'activité des compagnies.

Diverses méthodes de contrôle peuvent, jusqu'à un certain point, se compléter l'une l'autre. De cette façon, le recours à des contrôles administratifs, tels que les inspections et les rapports obligatoires, peut conduire à une amélioration de la surveillance des activités criminelles des compagnies en accroissant le taux de solution des infractions et en rendant plus probable la condamnation de l'accusé grâce à une preuve documentaire plus étoffée. Ceci est particulièrement vrai dans le cas où une même loi offre le choix de diverses mesures et que celles-ci sont coordonnées par une autorité centrale. C'est par contre moins vrai lorsque la juridiction est partagée entre des organismes fédéraux et provinciaux ou entre divers organismes du même palier de gouvernement. Il faut noter que même ici, on parvient souvent à coordonner les efforts. Il semble donc que parallèlement à l'augmentation des possibilités de s'attaquer à des problèmes par d'autres moyens que le droit pénal, s'accroissent au même rythme nos possibilités de régler d'autres problèmes par le biais du droit pénal. Ceci nous oblige à poser une importante question: quand devrions-nous recourir au droit pénal et quand devrions-nous recourir à d'autres moyens face à une situation particulière?

D'une façon générale, nous préconisons la modération dans le recours au droit pénal; c'est là une attitude que nous avons constamment adoptée dans nos documents de travail. Le Parlement devrait réfléchir attentivement avant de décider s'il préfère ajouter à l'inflation pénale, en insérant des dispositions pénales dans des nouvelles législations, ou s'il préfère reconnaître que d'autres mesures seraient tout aussi efficaces pour atteindre les objectifs qu'il s'est fixés. Et lorsque des infractions sont créées, il faudrait faire preuve de modération dans leur application, de façon à ce que le processus pénal entre en jeu surtout lorsque d'autres méthodes se sont soldées par un échec, et qu'il n'existe aucun fondement valable pour trancher le problème en dehors des cadres de cette branche du droit. Le recours au droit pénal dans notre société, ne doit pas devenir la solution de routine en présence de comportements non conformes aux règles que nous voulons établir. Dans l'optique d'une politique générale, nous encourageons donc l'élaboration de mesures de rechange, tout en mettant l'accent sur les contrôles administratifs et civils plutôt que sur les contrôles pénaux.

Tout comme il est nécessaire de créer des techniques de rechange visant à encourager les décisionnaires des compagnies à respecter la loi, de même il importe de se demander pourquoi certains types de comportements criminels voient le jour à l'intérieur des compagnies. Nous avons déjà laissé entendre que ces comportements pourraient être attribués en partie à la prolifération de dispositions législatives d'une application impossible, et en partie à l'attitude selon laquelle il y aurait, dans le monde des affaires, des normes de moralité différentes de celles de la vie quotidienne. Mais si certaines infractions commises par les compagnies peuvent s'expliquer par la pression d'une économie concurrentielle — si l'on peut vraiment établir que c'est l'homme d'affaires exposé à cette pression qui enfreint la loi — il serait peut-être à propos de revoir les programmes d'aide aux entreprises tout en améliorant le processus pénal. Par contre, comme d'autres l'ont fait remarquer, si l'infraction pénale est le fait de gens malhonnêtes qui tirent profit qu'il n'existe pas de limites à l'incorporation comme mode d'organisation, peut-être devrions-nous étudier plus attentivement les moyens de restreindre la constitution, en compagnie, pour ceux qui présentent des tendances au comportement criminel.

Il est également impossible de ne pas reconnaître que des compagnies délinquantes profitent souvent de la négligence d'autres compagnies à adopter des mesures préventives pour réduire leur vulnérabilité à la fraude. Les compagnies peuvent être des victimes faciles, et peut-être serait-il nécessaire de chercher des moyens efficaces pour contrecarrer ceux qui profitent du défaut de certaines entreprises de prendre des précautions élémentaires. Si nous soulevons ces questions, ce n'est pas pour formuler des théories visant à expliquer la raison d'être de l'existence de la criminalité des cols blancs, ni pour recommander l'adoption de mesures propres à combattre ce phénomène. Nous voulons plutôt souligner que la nécessité d'une meilleure application du droit pénal et d'une plus grande attention à l'égard de la responsabilité pénale, ne devrait pas nous distraire de l'importance que présente l'étude approfondie des problèmes fondamentaux qui entourent le comportement des compagnies.

Le succès de toute approche, qu'elle soit d'ordre civil, administratif ou pénal, dépend beaucoup de ceux qui œuvrent à l'intérieur

du système, des ressources qui sont affectées à la mise à exécution des mesures adoptées et du climat politique dans lequel est entreprise l'élaboration des règlements. Les recommandations que contient ce document de travail relativement à l'établissement d'un modèle de sanctions pénales, se révéleront inutiles si les opérateurs du système ne sont pas prêts à utiliser le droit pénal efficacement et ne disposent pas des moyens nécessaires pour le faire. De la même façon, les contrôles administratifs ne valent rien s'ils deviennent asservis aux processus qu'ils sont censés réglementer. Le succès dépend en large part de l'attitude de la société envers le contrôle des compagnies, et de la mesure dans laquelle des attitudes positives se reflètent dans l'action politique. En recommandant de mettre surtout l'accent sur les contrôles civils et administratifs, nous demeurons pleinement conscients des limites qui leur sont propres. Nous soulignons tout simplement que l'on devrait aller jusqu'au bout de ces limites avant d'adopter la solution extrême que constitue le recours au droit pénal.

Résumé des principales conclusions

Bien que nous soyons en faveur de la modération dans le recours au droit pénal comme moyen de réglementer les activités des compagnies et d'autres groupes, nous ne pouvons passer outre au fait que des actes antisociaux sont commis dans l'exercice de ces activités. Si le droit pénal doit se mériter le respect de l'ensemble de la société, il importe que ces actes soient traités avec autant de sévérité que les actes antisociaux qui se déroulent dans la rue. Ainsi le fait de fermer les yeux sur la fraude ou la corruption à laquelle recourrait une compagnie, ou encore sur les actes commis avec préméditation ou même avec négligence et qui risqueraient de détruire l'ordre économique, peut donner l'impression malsaine que les individus et les groupes investis du pouvoir économique sont au-dessus de la loi. L'intégrité du système de justice pénale semblerait donc exiger un critère servant à apprécier la conduite collective par rapport aux normes de comportement que nous sanctionnons par le biais du droit pénal.

Nul doute qu'il est nécessaire de créer des normes de responsabilité personnelle; aussi avons-nous tenté de définir un fondement à la responsabilité pénale qui relierait la faute aux fonctions réelles qu'assument les individus au sein de la compagnie. Ils devraient être tenus responsables des crimes proprement dits lorsqu'ils ont contribué à causer un dommage prohibé par la loi, soit intentionnellement, soit en connaissant le risque de voir le préjudice se matérialiser. Ils devraient également être tenus responsables lorsqu'ils autorisent une activité criminelle, alors qu'ils ont le pouvoir de la prévenir.

En plus des critères énoncés pour les crimes proprement dits, la responsabilité devrait découler de la participation à une infraction réglementaire, lorsque le délinquant a omis de prendre les dispositions qui s'imposent pour éviter de la commettre ou pour éviter que ne la commettent ceux dont on lui a confié la surveillance. En résumé, la responsabilité relative à une infraction réglementaire devrait reposer sur la négligence qui a caractérisé l'accomplissement des obligations à l'intérieur de la compagnie, et le fardeau devrait incomber à l'accusé de démontrer qu'il a fait preuve de diligence raisonnable.

Nous avons également soutenu qu'une compagnie devrait assumer la responsabilité pénale pour les actes de ses dirigeants, agents et employés qui ont occasionné un préjudice interdit par la loi, lorsque celui-ci se rapporte aux politiques adoptées par la compagnie pour atteindre ses objectifs, aux pratiques courantes en vigueur chez elle ou à l'omission de la part des décisionnaires de prendre les mesures qui s'imposent pour empêcher que de tels dommages ne surviennent.

D'un point de vue pratique, c'est à la compagnie accusée d'une infraction que devrait incomber le fardeau de prouver l'absence de faute. Une compagnie devrait se voir imputer la responsabilité pénale d'un crime proprement dit si les faits présentés par la poursuite inciteraient une personne raisonnable à croire que la direction a dû avoir connaissance d'une action ou d'un risque particulier. Toutefois la compagnie pourrait mettre en doute la connaissance qu'elle en avait, et produire des témoins pour montrer que les responsables des politiques relatives à l'activité en question n'avaient pas la connaissance voulue pour justifier la condamnation de la compagnie.

Dans le cas d'une infraction réglementaire, la poursuite n'aurait qu'à prouver l'existence du dommage. Mais la compagnie pourrait soulever la défense de diligence raisonnable, en prouvant à tout le moins que les dirigeants et les employés à qui incombaient des responsabilités de surveillance ont pris toutes les mesures de prudence nécessaires à la prévention de l'infraction.

Nous avons laissé en suspens jusqu'à un certain point la question de l'application de normes analogues à des groupes non incorporés et à certains types de compagnies, comme les sociétés de la Couronne. Mais nous avons insisté sur l'importance de ne

pas restreindre la notion de responsabilité pénale collective aux seules compagnies. Celles-ci ne possèdent aucune caractéristique spéciale en vertu de laquelle elles devraient être tenues responsables pénalement à l'exclusion d'autres groupes. Bien que nous n'ayons pas fait une étude approfondie des groupes autres que les compagnies, nous croyons que les considérations formulées sur l'utilité et les limites du droit pénal comme technique permettant de surveiller les activités des compagnies, conservent toute leur pertinence quand il s'agit de décider si la responsabilité pénale doit être étendue à d'autres groupes.

L'utilisation fructueuse de la responsabilité collective dans le cadre du droit pénal semble reposer en grande partie sur l'approche qui sera adoptée par le tribunal dans l'imposition de sanctions aux délinquants. Il faudrait accorder plus d'attention aux modes d'organisation des compagnies. Les sanctions économiques peuvent retomber injustement sur des actionnaires qui ne sont aucunement impliqués directement dans les activités criminelles de la compagnie, et qui peuvent être dans l'impossibilité de prendre les mesures efficaces pour modifier la ligne de conduite de ceux qui prennent les décisions.

La sanction prononcée à l'endroit d'une compagnie doit se fonder sur une meilleure compréhension des facteurs économiques qui se rattachent à l'infraction et à l'effet de cette dernière sur la compagnie elle-même et sur la communauté d'intérêts dans laquelle elle évolue. La détermination de la peine doit puiser à beaucoup plus de connaissances spécialisées si l'ont veut atteindre les objectifs propres à la sanction pénale.

De plus, il faudrait considérer davantage l'éventail de mesures qui s'offrent aux tribunaux. Bien que l'amende constitue l'une des sanctions possibles dans le cas d'une compagnie, elle ne devrait pas être la plus couramment utilisée. C'est une solution trop limitée pour permettre d'atteindre tous les objectifs de l'imposition de la peine à l'endroit d'une compagnie. Ces objectifs consistent entre autres à stigmatiser le comportement de la compagnie, à modifier ses normes de conduite et à dédommager les victimes.

Il conviendrait d'établir un fondement plus équitable à l'amende infligée à une entreprise, en recourant à l'analyse économique pour adapter le concept de jour-amende à la compagnie

délinquante. Le but du jour-amende consisterait à normaliser la marge de perte subie par une compagnie en fonction de facteurs comme les profits, l'ensemble des actifs et la capacité de faire porter par d'autres les conséquences économiques de l'amende.

On ne devrait pas se servir de l'amende pour priver la compagnie de ses profits illégaux. Les juges devraient disposer d'un pouvoir distinct de prononcer une peine qui leur permettrait d'évaluer les profits illégaux et d'en ordonner la remise.

Il faudrait également porter plus d'attention à la capacité de la compagnie délinquante de dédommager les victimes et de payer des dommages-intérêts pour le préjudice causé à l'ensemble du public par la perpétration de l'infraction. Le montant versé à la compagnie conformément à l'évaluation faite par le tribunal des profits illicites, pourrait servir à financer des mesures destinées à améliorer la protection du public contre les abus des compagnies.

Il faudrait examiner plus attentivement la possibilité de recourir plus souvent à des sanctions comme la publicité défavorable à l'accusé, et celles qui se traduisent par une action directe de la part du tribunal pour mettre un frein aux activités illégales de la compagnie.

Nous avons aussi proposé, pour atténuer certaines des difficultés auxquelles se heurtent les juges lors de l'imposition des sanctions, de faire l'essai des sanctions négociées volontairement entre délinquants et victimes et soumises à la cour pour obtenir son approbation. Cette solution pourrait être adoptée après la déclaration de culpabilité ou dans le cadre de déjudiciarisation, à un stade antérieur au procès.

Notre campagne en faveur de la modération n'implique nullement qu'il faut s'abstenir d'améliorer les outils qu'offre le droit pénal pour réagir aux actes criminels qui sont commis dans le cadre de la compagnie ou du groupe. Elle ne signifie pas davantage l'immunité en faveur des compagnies ou de leurs dirigeants. Elle n'est que le reflet du point de vue voulant qu'il y ait des limites à l'utilisation qu'on peut et qu'on devrait faire de ces outils, et qu'il existe d'autres approches plus riches en potentialités pour exercer un contrôle sur l'activité des groupes.